حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد الخامس

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية
رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار : شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه : تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف
وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الخامس

الطبعة الثانية
١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

دار الفكر
١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »
(حديث شريف)

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب خيار العيب

هو لغة ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ؛

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات ، والإضافة فيه من إضافة الشئ إلى سببه ؛ والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد ، يقال عاب المتاع : أى صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل اه فتح . ثم إن خيار العيب يثبت بلا شرط ، ولا يتوقت ، ولا يمنع وقوع الملك للمشترى ، ويورث ، ويثبت فى الشراء والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد ، وفى الإجارة ولو حدث بعد العقد والقبض ، بخلاف البيع ، وفى القسمة والصلح عن المال وبسط ذلك فى جامع الفصولين (قوله ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة) زاد فى الفتح مما يعد به ناقصا اه أى لأن ما لا ينقصه لا يعد عيبا . قال فى الشرنبلالية : والفطرة الخلقة التى هى أساس الأصل(١) ألا ترى أنه لو قال(٢) بعتك هذه الحنطة وأشار إليها فوجدها المشترى رديئة لم يكن علمها ليس له خيار الرد بالعيب لأن الحنطة تخلق جيدة

---

(١) (قوله هى أساس الأصل) الأساس والأصل بمعنى واحد ، فالإضافة بيانية ، والمذكور فى عبارات المشايخ أساس الشئ فكان الأولى له موافقتهم اه .

(٢) (قوله ألا ترى أنه لو قال الخ) هذا من كلام الشرنبلالى ، وهو تنوير على ما فى عبارته من تعريف العيب وتقييده بما قاله الكمال لا على ما ذكره المحشى من تعريف الفطرة فقط اه.

وشرعا ما أفاده بقوله

ورديئة ووسطا ، والعيب مايخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها ، فالحنطة المصابة بهواء منعها تمام بلوغها الإدراك حتى صارت رقيقة الحب معيبة كالعفن والبلل والسوس اه :

قلت : وعن هذا قال فى جامع الفصولين : لايرد البر برداءته لأنها ليست بعيب ويرد المسوس والعفن ، وكذا لايرد إناء فضة برداءته بلا غش ، وكذا الأمة لاترد بقبح الوجه وسواده ، ولو كانت محترقة الوجه لايستبين لها قبح ولا جمال فله ردها اه . وفيه واقعة : شرى فرسا فوجده كبير السن ، قيل ينبغى أن لايكون له الرد إلا إذا شراه على أنه صغير السن ، لما مر من مسألة حمار وجده بطىء السير اه (قوله وشرعا ماأفاده الخ) أى المراد فى عرف أهل الشرع بالعيب الذى يرد به المبيع ماينقص الثمن أى الذى اشترى به كما فى الفتح ، قال لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشترى وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به اه . وعبارة الهداية : وما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب ، لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة اه . ومفاده أن المراد بالثمن القيمة لأن الثمن الذى اشتراه به قد يكون أقل من قيمته بحيث لايؤدى نقصانها بالعيب إلى نقصان الثمن به : والظاهر أن الثمن لما كان فى الغالب مساويا للقيمة عبروا به تأمل . والضابط عند الشافعية أنه المنقص للقيمة أومايفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه ، فأخرجوا بفوات الغرض الصحيح مالو بان فوات قطعة يسيرة من فخذه أو ساقه ، بخلاف مالو قطع من أذن الشاة مايمنع التضحية فله ردها ، وبالغالب مالو كانت الأمة ثيبا مع أن الثيابة تنقص القيمة لكنه ليس الغالب عدم الثيابة اه . قال فى البحر : وقواعدنا لاتأباه للمتأمل اه .

قلت : ويؤيده مافى الخانية : وجد الشاة مقطوعة الأذن إن اشتراها للأضحية له الرد ، وكذا كل مايمنع التضحية وإن لغيرها فلا مالم يعده الناس عيبا ، والقول للمشترى أنه اشتراها للأضحية لو فى زمانها وكان من أهل أن يضحى اه : وكذا مافى البزازية : اشترى شجرة ليتخذ منها الباب فوجدها بعد القطع لاتصلح لذلك رجع بالنقص إلا أن يأخذ البائع الشجرة كما هى اه فقد اعتبر عدم غرض المشترى عيبا موجبا للرد ولكنه يرجع بالنقص ، لأن القطع مانع من الرد . وفيها أيضا : اشترى ثوبا أو خفا أوقلنسوة فوجده صغيرا له الرد اه أى لايصلح لغرضه : وفيها : لو كانت الدابة بطيئة السير لايرد إلا إذا شرط أنها عجول اه أى لأن بطء السير ليس الغالب عدمه ، فإن كلا من البطء والعجلة يكون فى أصل الفطرة السليمة . وفيها : اشترى دابة فوجدها كبيرة السن ليس له الرد إلا إذا شرط صغرها وسيأتى أن الثيوبة ليست بعيب إلا إذا شرط عدمها أى فله الرد لفقد الوصف المرغوب وبما ذكرنا (١) من الفروع ظهر أن قولهم فى ضابط العيب ماينقص الثمن عند التجار مبنى على الغالب وإلا فهو غير جامع وغير مانع . أما الأول فلأنه لايشمل مسألة الشجرة والثوب والخف والقلنسوة وشاة الأضحية ، لأن ذلك وإن لم يصلح لهذا المشترى يصلح لغيره فلا ينقص الثمن مطلقا . وأما الثانى فلأنه يدخل فيه مسألة الدابة والأمة الثيب فإن ذلك ينقص الثمن مع أنه غير

---

(١) (قوله وبما ذكرنا الخ) فيه أنا لانسلم ما استنتجه بل التعريف جامع ومانع إذ لايتصور غفلة المشايخ عنه من زمن الإمام إلى أن جاء ، وقيده بكلام الغير . أما ما أورده على عدم المنع فدفوع بما نقله ط من أن التعريف اللغوى ملحوظ فى الشرع ، إذ كبر سن الدابة وثيوبة الأمة يوجدان فى الفطرة الأصلية ، إذ ليس بقولهم ما تخلو المراد عند الفطرة السليمة أنه يوجد خاليا من هذا الوصف ، بل المراد أنه لا يقال إنه على الفطرة السليمة حيث كان متصفا بهذا الوصف ، ولا شك أنه يقال فى الدابة الكبيرة والأمة الثيبة إنهما على الفطرة الأصلية . وأما ما أورده على عدم الجمع من الفروع فلا نسلم أن الرد فيها بخيار العيب بل الرد بسبب فوات الوصف المرغوب ، وقوله والظاهر أنهم لم يقصدوا حصر العيب غير مسلم بل الحصر ملحوظ فى التعاريف البتة ، وقوله فإن هذه العبارة الخ ممنوع بأنها جملة موصولة وقعت خبرا عن العيب المعرف بأل العهدية فكيف لا تفيد الحصر اه .

(من وجد بمشريه ما ينقص الثمن) ولو يسيرا جوهرة (عند التجار) المراد بهم أرباب المعرفة بكل تجارة وصنعة قاله المصنف (أخذه بكل الثمن أورده)

عيب، فعلم أنه لابد من تقييد الضابط بماذكره الشافعية : والظاهر أنهم لم يقصدوا حصر العيب فيما ذكر ، لأن عبارة الهداية والكنز ، وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب ، فإن هذه العبارة لاتدل على أن غير ذلك لايسمى عيبا ، فاغتنم هذا التحرير .

ثم اعلم أنه لابد أن يكون العيب فى نفس المبيع ، لما فى الخانية وغيرها : رجل باع سكنى له فى حانوت لغيره فأخبر المشترى أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر قالوا ليس له الرد بهذا السبب ، لأن هذا ليس بعيب فى المبيع اهـ .

قلت : المراد بالسكنى مايبنيه المستأجر فى الحانوت ويسمى فى زماننا بالكدك كما مر أول البيوع ، لكنه اليوم تختلف قيمته بكثرة أجرة الحانوت وقلتها ، فينبغى أن يكون ذلك عيبا تأمل (قوله من وجد بمشريه الخ) أطلقه فشمل ما إذا كان به عند البيع أو حدث بعده فى يد البائع بحر ، بخلاف ما إذا كان قبله وزال ثم عاد عند المشترى ؛ لما فى البزازية : لو كان به عرج فبرأ بمعالجة البائع ثم عاد عند المشترى لايرده ، وقيل يرده إن عاد بالسبب الأول .

[تنبيه] لابد فى العيب أن لايتمكن من إزالته بلا مشقة فخرج إحرام الجارية ، ونجاسة ثوب لاينقص بالغسل لتمكنه من تحليلها وغسله ، وأن يكون عند البائع ولم يعلم به المشترى ، ولم يكن البائع شرط البراءة منه خاصا أو عاما ولم يزل قبل الفسخ كبياض انجلى وحمى زالت نهر ، فالقيود خمسة ، وجعلها فى البحر ستة فقال : الثانى أن لايعلم به المشترى عند البيع . الثالث أن لايعلم به عند القبض وهى فى الهداية اهـ لكن قال فى الشرنبلالية إنه يقتضى أن مجرد الرؤية رضا ويخالفه قول الزيلعى : ولم يوجد من المشترى مايدل على الرضا به بعد العلم بالعيب اهـ وكذا قول المجمع ولم يرض به بعد رؤيته اهـ :

قلت : صرح فى الذخيرة بأن قبض المبيع مع العلم بالعيب رضا بالعيب ، فما فى الزيلعى والمجمع لايخالف مامر عن الهداية ، لأن ذلك جعل نفس القبض بعد رؤية العيب رضا وما فى الزيلعى صادق عليه ، ويدل عليه أن الزيلعى قال : والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشترى من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشترى مايدل على الرضا به بعد العلم بالعيب ، فقوله وقبضه الخ يدل على أنه لو قبضه عالما بالعيب كان قبضه رضا فقوله ولم يوجد من المشترى الخ أعم مما قبله ، أو أراد به مالو علم بالعيب بعد القبض .

[تتمة] فى جامع الفصولين : لو علم المشترى إلا أنه لم يعلم أنه عيب ثم علم ينظر ، إن كان عيبا بينا لايخفى على الناس كالغدة ونحوها لم يكن له الرد ، وإن خفى فله الرد ، ويعلم منه كثير من المسائل اهـ . وفى الخانية : إن اختلف التجار فقال بعضهم إنه عيب وبعضهم لا ليس له الرد إذا لم يكن عيبا بينا عند الكل اهـ (قوله ولو يسيرا) فى البزازية اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين ، وتفسيره أن يقوم سليما بألف ومع العيب بأقل ، وقومه آخر مع العيب بألف أيضا . والفاحش مالو قوم سليما بألف وكل قوموه مع العيب بأقل اهـ (قوله بكل تجارة) الأولى من كل تجارة . قال ح : يعنى أنه يعتبر فى كل تجارة أهلها وفى كل صنعة أهلها (قوله أخذه بكل الثمن أورده) أطلقه فشمل ما إذا رده فورا أو بعد مدة لأنه على التراخى كما سيذكره المصنف . ونقل ابن الشحنة (١)

---

(١) (قوله ونقل ابن الشحنة الخ) عبارته فى شرح الوهبانية من فصل الرد بالعيب : رجل اشترى شيئا فعلم بعيب قبل القبض فقال أبطلت البيع بطل البيع لو بمحضر من البائع وإن لم يقبل البائع : وإن قال ذلك فى غيبة البائع لايبطل البيع ، وإن علم بعيب بعد القبض فقال أبطلت البيع الصحيح أنه لا يبطل إلا بقضاء أو رضا اهـ .

مالم يتعين إمساكه كحلالين أحرما أو أحدهما . وفى المحيط : وصى أو وكيل أو عبد مأذون شرى شيئا بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم يرده بعيب للإضرار بيتيم وموكل ومولى ، بخلاف خيار الشرط والرؤية أشباه : وفى النهر : وينبغى الرجوع بالنقصان كوارث اشترى من التركة كفناء ووجد به عيبا ، ولو تبرع بالكفن أجنبي لايرجع ،

عن الخانية : لو علم بالعيب قبل القبض فقال أبطلت البيع بطل لو بحضرة البائع ، وإن لم يقبل ولو فى غيبته لايبطل إلا بقضاء أو رضا اهـ : وفى جامع الفصولين : ولو رده بعد قبضه لاينفسخ إلا برضا البائع أو بحكم . قال الرملى : وقوله إلا برضا البائع يدل على أنه لو وجد الرضا بالفعل كتسلمه من المشترى حين طلبه الرد ينفسخ البيع ، لأن من المقرر عندهم أن الرضا يثبت تارة بالقول وتارة بالفعل ؛ وقدم في بيع التعاطى : لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست فأخذها ورضى فهى بيع بالتعاطى كما فى الفتح وفيه أيضا أن المعنى يقوم مقام اللفظ فى البيع ونحوه اهـ . وأما ما يقع كثيرا من أنه إذا اطلع على عيب يرد المبيع إلى منزل البائع ويقول دونك دابتك لا أريدها فليس برد ، وتهلك على المشترى ولو تعهدها البائع حيث لم يوجد بينهما فسخ قولا أو فعلا (قوله مالم يتعين إمساكه) قيد للتخيير بين الأخذ والرد ، فإذا وجد مايمنع الرد تعين الأخذ ، لكن فى بعض الصور يرجع بنقصان العيب ، وفى بعضها لايرجع كما يأتى قريبا ، وكذا سيأتى عند قول المصنف : حدث عيب آخر عند المشترى رجع بنقصانه .

ومما يمنع الرد مافى الذخيرة : اشترى من آخر عبدا وباعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الغير فرأى عيبا كان عند البائع الأول لم يرده على الذى اشتراه منه لأنه غير مفيد ، إذلو رده يرده الآخر عليه ، ولاعلى البائع الأول لأن هذا الملك غير مستفاد من جهته اهـ : ولو وهبه البائع الثمن ثم وجد بالمبيع عيبا ، قيل لايرد ، وقيل يرد ، ولوقبل القبض يرده اتفاقا خانية ، ثم جزم بالقول الثانى ، وجزم فى البزازية بالأول . ومن ذلك مافى كافى الحاكم اشتريا جارية فوجدا بها عيبا فرضى أحدهما لم يكن للآخر ردها عنده وله رد حصته عندهما (قوله كحلالين أحرما أو أحدهما) يعنى إذا اشترى أحد الحلالين من الآخر صيدا ثم أحرما أو أحدهما ثم وجد المشترى به عيبا امتنع رده ورجع بالنقصان اهـ ح عن البحر ، فالمراد بتعين إمساكه عدم رده على البائع ، فلا ينافى وجوب إرساله كما مر فى الحج (قوله وقيمته ثلاثة آلاف) الظاهر أن المدار على الزيادة التى تركها يكون مضرا اهـ ط (قوله للإضرار الخ) قلت : قد يكون العيب مرضا يفضى إلى الهلاك فيجب أن يستثنى مقدسى ، وفيه نظر لأن فرض المسألة فيما قيمته زائدة على ثمنه مع وجود ذلك العيب فيه ، ومثله لايكون عيبه مفضيا إلى الهلاك[1] تأمل (قوله بخلاف خيار الشرط والرؤية) أى حيث يكون لهم الرد لعدم تمام الصفقة كما فى البحر ح (قوله وينبغى الرجوع بالنقصان) عبارة النهر وفى مهر فتح القدير : لو اشترى الذمى خمرا وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد اهـ : وفى المحيط : وصى أو وكيل الخ ثم قال فى النهر : وينبغى الرجوع بالنقصان فى المسألتين اهـ أى مسألة مهر الفتح ومسألة المحيط (قوله كوارث الخ) أى فإنه يمتنع الرد ويرجع بالنقصان كما فى البحر ح (قوله اشترى من التركة) أى بثمن من تركة الميت (قوله لايرجع) أى الأجنبى على بائعه . قال فى السراج لأنه لما اشترى الثوب ملكه

---

(١) (قوله ومثله لايكون عيبه مفضيا إلى الهلاك) قال شيخنا : قد يكون عيبه مفضيا إلى الهلاك ، بأن يكون عبدا يساوى ألفا ثم اعتراه داء يفضى إلى الهلاك غالبا فنزلت قيمته إلى مائة مثلا وبيع بنصف القيمة بعد العيب فهذا قيمته أكثر من ثمنه وداؤه مفض إلى الهلاك ، إذ ما دام حيا هو مال متقوم لتوهم شفاه ، سبحان من يحيى العظام هى رميم .

وهذه إحدى ست مسائل لارجوع فيها بالنقصان مذكورة فى البزازية ، وذكرنا فى شرحنا للملتقى معزيا للقنية
أنه قد يرد بالعيب ولايرجع بالثمن (كالإباق) إذا أبق من المشترى إلى البائع فى البلدة

وبالتكفين يزول ملكه عنه(١). وزوال الملك بفعل مضمون يسقط الأرش. وأما فى الوجه الأول فإن مقدار الكفن لايملكه الوارث من التركة ، فإذا اشتراه وكفن به لم ينتقل بالتكفين عن الملك الذى أوجبه العقد ، وقد تعذر فيه الرد فرجع بالأرش اهـ ومثله فى الذخيرة (قوله وهذه إحدى ست مسائل الخ) تبع فى ذلك صاحب النهر حيث قال : لايرجع بالنقصان فى مسائل ، ثم نقل ست مسائل عن البزازية ليس فيها التصريح بعدم الرجوع إلا فى مسألة واحدة ، وهى لو باع الوارث من مورثه أفات المشترى وورثه البائع ووجد به عيبا رد إلى الوارث (٢) الآخر إن كان ، فإن لم يكن له سواه لايرده ولا يرجع بالنقصان فافهم . وزاد فى البحر مسألة أخرى عن المحيط : لو اشترى المولى من مكاتبه فوجد عيبا لايرد ولايرجع ولا يخاصم بائعه لكونه عبده اهـ وسيأتى مسائل أخر فى الشرح والمتن عند قول المصنف حدث عيب آخر عند المشترى رجع بنقصانه الخ . وذكر الشارح فى كتاب الغصب مسألة أخرى عند قول المصنف خرق ثوبا ، وهى مالو شرى حياصة فضة مموهة بالذهب بوزنها فضة فزال تمويهها عند المشترى ثم وجد بها عيبا فلارجوع بالعيب القديم لتعيبها بزوال التمويه ولا بالنقصان للزوم الربا . ومنها مافى البزازية : كل تصرف يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والرجوع بالنقص (قوله معزيا للقنية) قال فيها : وفى تتمة الفتاوى الصغرى : باع عبدا وسلمه ووكل رجلا بقبض ثمنه فقال الوكيل قبضته فضاع أودفعته إلى الآمر وجحد الآمر كله فالقول للوكيل مع يمينه وبرئ المشترى من الثمن ، فلو وجد به عيبا ورده لايرجع بالثمن على البائع لعدم ثبوت القبض فى زعمه ، لا على الوكيل لأنه لاعقد بينهما وإنما هو أمين فى قبض الثمن ، وإنما يصدق فى دفع الضمان عن نفسه . قال رضى الله عنه : وعرف به أنه إذا صدق الآمر الوكيل فى الدفع إليه يرجع المشترى بعد الرد بالعيب بالثمن على الآمر دون القابض اهـ ح (قوله كالإباق) بالكسر اسم ، يقال أبق أبقا من باب تعب وقتل وضرب وهو الأكثر كما فى المصباح . وفى الجوهرة عن الثعالبى : الآبق الهارب من غير ظلم السيد ، فلو من ظلمه سمى هاربا فعلى هذا الإباق عيب لا الهرب ، أطلقه فشمل مالو كان من المولى أو من مودعه أو المستعير منه أو المستأجر ، وما إذا كان مسيرة سفر أولا ، خرج من البلدة أولا . قال الزيلعى : والأشبه أن البلدة لو كبيرة كالقاهرة كان عيبا وإلا لا بأن كان لايخفى عليه أهلها أو بيوتها فلا يكون عيبا نهر ، ويأتى أنه لابد من تكرره بأن يوجد عند البائع وعند المشترى (قوله إلا إذا أبق من المشترى إلى البائع) وكذا لو أبق من الغاصب إلى المولى أو إلى غيره إذا لم يعرف بيت المالك ، أو لم يقو على الرجوع (٣) . إليه نهر (قوله فى البلدة) قيد به لما فى النهر عن القنية : لو أبق من قرية

---

(١) (قوله وبالتكفين يزول ملكه عنه) ناقشة شيخنا بما صرحوا به فى الجنائز : لو تبرع بالكفن شخص لم يخرج الكفن بالتكفين عن ملك المتبرع ، حتى لو افترس الميت سبع فالكفن للمتبرع فينبغى المصير إلى ماقاله العلامة ط . وعبارته هكذا : قوله ولو تبرع بالكفن أجنبى لا يرجع ، يعنى لو اشترى أجنبى كفنا من ماله تبرعا للميت ثم وجد به عيبا لايرده ولا يرجع ، والتعبير بالأجنبى اتفاق . قال المقدسى فى شرح الكنز : ولو اشترى كفنا لميت ثم وجد به عيبا لايرد ، كذا فى الخلاصة وفى حاشيتها لتعلق حق الميت ولا يرجع بنقص العيب لاحتمال أن يفترسه سبع فيعود الملك المشترى فيتمكن من الرد ، ومالم يقع يأس من الرد لا يرجع بنقصه اهـ فهذا صريح أيضا فيما قاله شيخنا من عدم زوال ملك المتبرع بالتكفين اهـ .

(٢) (قوله ووجد به عيبا رد إلى الوارث الخ) الصواب إسقاط إلى ووصل الضمير بالفعل ، أى رده الوارث الآخر على الوارث البائع اهـ .

(٣) قوله (أو لم يقو على الرجوع الخ) أى بأن عظمت المسافة بينه وبين المولى مثلا اهـ.

ولم يختف عنده فإنه ليس بعيب ؛

واختلف فى الثور ، والأحسن أنه عيب ، وليس للمشترى مطالبة البائع بالثمن قبل عوده من الإباق ابن ملك قنية (والبول فى الفراش والسرقة) إلا إذا سرق شيئا للأكل من المولى أو يسيرا كفلس أو فلسين ؛ ولو سرق عند المشترى أيضا فقطع رجع بربع الثمن لقطعه بالسرقتين جميعا ؛ ولو رضى البائع بأخذه رجع بثلاثة أرباع ثمنه عينى (وكلها تختلف صغرا) أى مع التمييز وقدروه بخمس سنين، أو أن يأكل ويلبس وحده ، وتمامه فى الجوهرة فلو لم يأكل ولم يلبس وحده لم يكن عيبا ابن ملك (وكبرا) لأنها فى الصغر

المشترى إلى قرية البائع يكون عيبا (قوله ولم يختف) فلو اختفى عند البائع يكون عيبا لأنه دليل التمرد (قوله والأحسن أنه عيب) وقيل لا مطلقا ، وقيل إن دام على هذا الفعل فعيب لا لو مرتين أو ثلاثا ، والظاهر أن غير الثور من البهائم كالثور ط (قوله قبل عوده من الإباق) ومثله قبل موته كما فى البحر ، فإن مات آبقا يرجع بنقصان العيب كما فى الهندية ومؤنة الرد على المشترى فيما له حمل ومؤنة بحر . ويرده فى موضع العقد زادت قيمته أو نقصت أو فى موضع التسليم لو اختلف عن موضع العقد كما فى الخانية سائحانى (قوله ابن ملك قنية) فى بعض النسخ وقنية بزيادة واو العطف وهى أحسن ، وذكر المسألة أيضا فى البحر عن جامع الفصولين (قوله والسرقة) سواء أوجبت قطعا أولا كالنباش والطرار وأسبابها فى حكمها ، كما إذا نقب البيت وإطلاقهم يعم الكبرى كما فى الظهيرية ح عن النهر (قوله إلا إذا سرق شيئا للأكل من المولى) أى فإنه لا يكون عيبا ، بخلاف ما إذا سرق ليمنعه أو سرقه من غير المولى ليأكله فإنه عيب فيهما بحر فافهم ، وظاهره قصر ذلك على المأكول ، ويفيده قول البزازية : وسرقة النقد مطلقا عيب وسرقة المأكولات للأكل من المولى لا يكون عيبا . قال فى النهر : وينبغى أنه لو سرق من المولى زيادة على ما يأكله عرفا يكون عيبا (قوله أو يسيرا كفلس أو فلسين) جزم به الزيلعى ، وظاهر ما فى المعراج أنها قويلة وأن المذهب الإطلاق ، وعلى هذا القول ما دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه بحر (قوله ولو سرق الخ) ستأتى هذه المسألة أواخر الباب عند قول المصنف قتل المقبوض أو قطع الخ وهى مذكورة فى الهداية (قوله أيضا) أى بعد ما سرق عند البائع (قوله رجع بربع الثمن) سواء كانت السرقة متكررة عندهما ، أو اتحدث عند أحدهما وتكررت عند الآخر كما يفيده التعليل .

ووجه الرجوع بالربع أن دية اليد فى الحر نصف دية النفس ، وفى الرقيق نصف القيمة ، وقد تلف هذا النصف بسببين : تحقق أحدهما عند البائع والآخر عند المشترى فيتنصف الموجب فيرجع بنصف النصف وهو الربع ، وأطلق فيه فشمل ما إذا طلب رب المال المسروق فى السرقتين أو فى إحداهما دون الأخرى ، وهذا التعليل يفيد اعتبار القيمة لا الثمن . وقد يقال : إنما عبر به نظرا إلى أن الغالب أن الثمن قدر القيمة ط (قوله رجع بثلاثة أرباع ثمنه) أى رجع المشترى عليه بذلك ، لأن ربع الثمن سقط عن البائع بالسرقة الثانية (قوله أو أن يأكل الخ) قال فى النهر : وفسره أى التمييز بعضهم بأن يأكل ويشرب ويستنجى وحده ، وهذا يقتضى أن يكون ابن سبع لأنهم قدروه بذلك فى الحضانة ، لكن وقع التصريح فى غير موضع بتقديره بخمس سنين فما فوقها ، وما دون ذلك لا يكون عيبا اهـ .

قلت : والفرق بين البابين أن المدار هنا على الإدراك وهناك على الاستغناء عن النساء تأمل (قوله وتمامه فى الجوهرة) لم أر فيها زيادة على ما هنا إلا أنه ذكر فيها التقدير الأول عند قوله والبول فى الفراش ، والثانى عند قوله والسرقة ، وظاهر البحر وغيره عدم الفرق بين الموضعين (قوله لأنها) أى هذه العيوب الثلاثة

لقصور عقل وضعف مثانة عيب ، وفى الكبر لسوء اختيار وداء باطن عيب آخر ، فعند اتحاد الحالة بأن ثبت إباقه عند بائعه ثم مشتريه كلاهما فى صغره أو كبره له الرد لاتحاد السبب ، وعند الاختلاف لا لكونه عيباً حادثاً كعبد حم عند بائعه ثم حم عند مشتريه ، إن من نوعه له رده وإلا لا عينى .

بقى لو وجده يبول ثم تعيب حتى رجع بالنقصان ثم بلغ هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ ينبغى نعم فتح .

(والجنون) هو اختلاف القوة التى بها إدراك الكليات تلويح ، وبه علم تعريف العقل أنه القوة المذكورة ، ومعدنه القلب وشعاعه فى الدماغ درر (وهو لايختلف بهما) لاتحاد سببه ، بخلاف مامر ؛ وقيل يختلف عينى ؛

(قوله لقصور عقل) يرجع إلى الإباق والسرقة ، كما أن قوله بعده لسوء اختيار يرجع إليهما أيضا ط (قوله فعند اتحاد الحالة الخ) تفريع على اختلافها صغرا وكبرا (قوله بأن ثبت إباقه) أى أو بوله أو سرقته (قوله عند بائعه) أو عند بائع بائعه (قوله ثم مشتريه) أفاد أنه لو ثبت عند البائع ولم يعد عند المشترى لايرد ، وهو الصحيح كما فى جامع الفصولين (قوله إن من نوعه) بأن حم فى الوقت الذى كان يحم فيه عند البائع كذا فى النهر ح (قوله لو وجده يبول)أى وهوصغير وثبت بوله عند بائعه أيضا(قوله حتى رجع بالنقصان) أى نقصان البول ، لأنه بالعيب الحادث امتنع الرد ، فتعين الرجوع بالنقصان . والظاهر أن العيب الحادث غير قيد ، بل مثله مالو أراد الرد فصالحه البائع عن العيب على شىء معلوم :

ثم رأيت فى النهر عن الخانية : اشترى جارية وادعى أنها لاتحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت ، قالوا : إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك اه وسيأتى آخر الباب تقييد الشارح ذلك بما إذا زال العيب بلا علاجه (قوله ينبغى نعم) نقل ذلك فى الفتح عن والد صاحب الفوائد الظهيرية ، وأنه قال لارواية فيه ، وأنه استدل لذلك بمسألتين : إحداهما إذا اشترى جارية ذات زوج كان له ردها ، ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان ؛ فلو أبانها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب ، فكذا فيما نحن فيه ؛ والثانية إذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان ، فإذا رجع ثم برئ بالمداواة لايسترد وإلا استرد ، والبلوغ هنا لابالمداواة فينبغى أن يسترد اه (قوله تلويح) قال فى البحر : وفى التلويح : الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب انتهى : والأخصر اختلال القوة التى بها إدراك الكليات اه وأشار بقوله والأخصر إلى أن المؤدى واحد ، فما عزاه الشارح إلى التلويح نقل بالمعنى فافهم (قوله ومعدنه القلب الخ) مثل على رضى الله تعالى عنه عن معدن العقل ، فقال : القلب ، وإشراقه إلى الدماغ ، وهو خلاف ماذكره الحكماء ، وقول على أعلى عند العلماء من شرح بدء الأمالى للقارى (قوله وهو لايختلف بهما) فلو جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فى الصغر أو فى الكبر يرده لأنه عين الأول لأن سبب الجنون فى حال الصغر والكبر متحد ، وهو فساد الباطن : أى باطن الدماغ ، وهذا معنى قول محمد رحمه الله تعالى : والجنون عيب أبدا ، لاماقيل إن معناه أنه لاتشترط المعاودة للجنون فى يد المشترى فيرد بمجرد وجوده عند البائع فإنه غلط ، لأن الله تعالى قادر على إزالته بإزالة سببه وإن كان قلما يزول ، فإذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد الإزالة ، فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلابد من المعاودة ، وهذا هو الصحيح ، وهو المذكور فى الأصل والجامع الكبير ، واختاره الإسبيجابى فتح (قوله وقيل يختلف) فيكون مثل مامر من الإباق

ومقداره فوق يوم وليلة ، ولابد من معاودته عند المشترى فى الأصح ، وإلا فلا رد إلا فى ثلاث : زنا الجارية ، والتولد من الزنا ، والولادة فتح :

قلت : لكن فى البزازية الولادة ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى ، واعتمده فى النهر : وفيه : الحبل عيب فى بنات آدم لا فى البهائم والجذام والبرص والعمى والعور والحول والصمم والخرس والقروح والأمراض عيوب ، وكذا الأدر وهو انتفاخ الأنثيين والعنين والخصى عيب ، وإن اشترى على أنه خصى فوجده فحلا

ونحوه فلابد من تكرره فى الصغر أو فى الكبر وهذا قول ثالث (قوله ومقداره فوق يوم وليلة) جزم به الزيلعى وقيل هو عيب ولو ساعة ، وقيل المطبق نهر ، والمطبق بفتح الباء بحر ، ومر تعريفه فى الصوم (قوله فى الأصح) قد علمت أن مقابله غلط (قوله إلا فى ثلاث الخ) فيه أن الكلام فى معاودة الجنون وهذه ليست منه ، وهى مستثناة من اشتراط المعاودة مطلقا . وعبارة البحر : الأصل أن المعاودة عند المشترى بعد الوجود عند البائع شرط للرد إلا فى مسائل الخ (قوله والتولد من الزنا) بأن يكون الرقيق متولدا من الزنا ، لكن هذا مما لا تمكن معاودته ط (قوله والولادة) قال فى الفتح : إذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع أو عند آخر فإنها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وإن لم تلد ثانيا عند المشترى ، لأن الولادة عيب لازم ، لأن الضعف الذى حصل بالولادة لا يزول أبدا ، وعليه الفتوى . وفى رواية كتاب البيوع لا ترد اه وقوله لا من البائع لأنها لو ولدت منه صارت أم ولده فلا يصح بيعها . قال فى الشرنبلالية : وقوله وإن لم تلد ليس المراد مايوهم الرد بعد ولادتها عند المشترى لامتناعه بتعيبها عنده بالولادة ثانيا مع العيب السابق بها اه .

قلت : هذا مسلم إن حصل بالولادة الثانية عيب زائد على الأول فتأمل (قوله فتح) صوابه بحر لأنه فى الفتح لم يذكر إلا الأخيرة (قوله واعتمده في النهر) حيث قال : وعندى أن رواية البيوع أوجه ، لأن الله تعالى قادر على إزالة الضعف الحاصل بالولادة . ثم رأيت فى البزازية عن النهاية : الولادة ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اه وهذا هو الذى ينبغى أن يعول عليه اه كلام النهر .

أقول : الذى رأيته فى نسختين من البزازية ، وكذا في غيرها نقلا عنها مانصه : اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لا يعلم ، فى رواية المضاربة عيب مطلقا لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى . وفي رواية إن نقصتها الولادة عيب ، وفى البهائم ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اه فقوله . وفى البهائم كأنه وقع فى نسخة صاحب النهر ، وفى النهاية فظنه تصحيحا للرواية الثانية فى مسألة الجارية ، وهو تصحيف من الكاتب بنى عليه مازعمه وليس كذلك ، فلم يكن فى المسألة اختلاف تصحيح ، بل التصحيح الثانى لولادة البهيمة فافهم (قوله الحبل عيب الخ) نص على هذا التفصيل فى كافى الحاكم فصار الحبل فى حكم الولادة على ماعرفته وعلله فى السراج بأن الجارية تراد للوطء والتزويج والحبل يمنع من ذلك ، وأما فى البهائم فهو زيادة فيها (قوله وكذا الأدر) بفتح الهمزة والدال مع القصر ، أما بممدود الهمزة فهو من به الأدر وفعله كفرح والاسم الأدرة بالضم ، وقوله الأنثيين غير شرط بل انتفاخ أحدهما كاف فيما يظهر ط (قوله والعنين) الظاهر أن الياء زائدة من النساخ والأصل والعنن بنونين فيكون قوله والخصى بكسر ففتح(١) وعبارة الخانية والعنة عيب وكذا الخصى والأدرة (قوله عيب) مصدر يصدق بالمتعدد وغيره فلا ينافى جعله خبرا عن شيئين ، وعلى

---

(١) (قوله فيكون قوله والخصى بكسر ففتح) يلزم عليه أنه مقصور مع أنه ممدود ككساء كما فى المصباح وبه تعلم ما فى قوله بعد فى عبارة الخانية ، وكذا الخصى تأمل اه مصححه .

فلا خيار له جوهرة (والبخر) نتن الفم (والذفر) نتن الإبط ، وكذا نتن الأنف بزازية (والزنا والتولد منه) كلها عيب (فيها)لافيه ولو أمرد فى الأصح خلاصة (إلا أن يفحش الأولان فيه) بحيث يمنع القرب من المولى (أو يكون الزناعادة له) بأن يتكرر أكثر من مرتين ، واللواطة بها عيب مطلقا، وبه إن مجانا لأنه دليل الأبنة وإن بأجر لاقنية. وفيها : شرى حمارا تعلوه الحمر إن طاوع فعيب وإلا لا ، وأما التخنث بلين صوت وتكسر مشى فإن كثر رد ، لا إن قل بزازية (والكفر) بأقسامه وكذا الرفض والاعتزال بحر بحثا

كون النسخة العنين والخصى بالتشديد فيهما يكون التقدير ذوا عيب (قوله فلا خيار له) لأن الخصاء عند الإمام فى العبد عيب فكأنه شرط العيب فبان سليما . وقال الثانى : الخصى أفضل لرغبة الناس فيه فيخير بزازية ، وجزم فى الفتح بقول الثانى ، ومقتضاه جريان الخلاف أيضا فيما لو شرى الجارية على أنها مغنية لأن الغناء عيب شرعا كالخصاء كما قدمناه قبيل خيار الرؤية (قوله والبخر) بالموحدة المفتوحة والخاء المعجمة من حد تعب . أما بالجيم فانتفاخ ماتحت السرة ، وهو عيب فى الغلام أيضا . وفى الفتح : البخر الذى هو العيب الناشىء من تغير المعدة دون مايكون لقلح فى الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها اه نهر : والقلح بالقاف والحاء المهملة محركا : صفرة الأسنان كما فى القاموس ، وهذا أولى مما قيل إنه بالفاء والجيم : وهو تباعد مابين الأسنان (قوله والدفر) بفتح الدال المهملة والفاء وسكونها أيضا ، أما بالذال المعجمة فبفتح الفاء لاغير ، وهو حدة من طيب أو نتن . قال فى العناية : منه قولهم مسك أذفر وإبط ذفر ، وهو مراد الفقهاء من قولهم : الذفر عيب فى الجارية اه وأصله فى المغرب إلا أن كونه مراد الفقهاء لاغير فيه نظر ، إذ لايشترط فى كونه عيبا شدته ، فالأولى كونه بالمهملة فتدبر نهر (قوله وكذا نتن الأنف) الظاهر أنه يقال فيه ذفر بالمعجمة ونتن ريح الإبط بهما نهر (قوله كلها عيب فيها لافيه) أى فى الجارية لافى الغلام ، لأن الجارية قد يراد منها الاستفراش ، وهذه المعانى تمنع منه ، بخلاف الغلام لأنه للاستخدام ، وكذا التولد من الزنا ، لأن الولد يعير بالأم التى هى ولد الزنا كما فى العزمية عن المعراج (قوله خلاصة) نص عبارتها : والأصح أن الأمرد وغيره سواء اه ، وبه سقط مافى حاشية نوح أفندى والوانى أنه فى الخلاصة جعل البخر فى الغلام الأمرد عيبا فتدبر (قوله بأن يتكرر) لأن اتباعهن مخل بالخدمة درر (قوله واللواطة بها) أى بالمرأة بأن كانت تطلب من الناس ذلك (قوله عيب مطلقا) أى مجانا أو بأجرة لأنه يفسد الفراش بحر (قوله وبه إن مجانا) الظاهر تقييده بما إذا تكرر (قوله لأنه دليل الأبنة) فى القاموس : الأبنة بالضم العقدة فى العود والعيب اه والمراد هنا عيب خاص ، وهو داء فى الدبر تنفعه اللواطة (قوله والكفر) لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمنع صرفه فى بعض الكفارات فتختل الرغبة ، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لايرد. لأنه زوال العيب هداية : زاد فى الشرنبلالية : أى ولو كان المشترى كافرا ذكره فى المنبع شرح المجمع والسراج الوهاج كذا بخط العلامة الشيخ على المقدسى اه ، أى لأن الإسلام خير محض وإن شرط المشترى الكافر عدمه (قوله بحر بحثا) حيث قال : ولم أر مالو وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلى والرافضى ، وينبغى أن يكون كالكافر ، لأن السنى ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضى ، لأن الرافضة يستحلون قتلنا اه . وأنت خبير بأن الصحيح فى المعتزلة والرافضة وغيرهم من المبتدعة أنه لايحكم بكفرهم وإن سبوا الصحابة أو استحلوا قتلنا بشبهة دليل كالخوارج الذين استحلوا قتل الصحابة ، بخلاف الغلاة منهم كالقائلين بالنبوة لعلى والقاذفين للصديقة فإنه ليس لهم شبهة دليل فهم كفار كالفلاسفة كما بسطناه فى كتابنا [تنبيه الولاة والحكام على حكم شاتم خير الأنام] وقدمنا بعضه فى باب الردة . وبه ظهر أن مراد البحر غير الكافر منهم ولذا شبهه بالكافر ، وبه سقط اعتراض

عيب (فيهما) ولو المشترى ذميا سراج (وعدم الحيض) لبنت سبعة عشر وعندهما خمسة عشر ، ويعرف بقولها إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح ملتقى .

النهر بأن الرافضى الساب للشيخين داخل فى الكافر ، وكذا ماأجاب به بعضهم من أن مراد البحر المفضل لاالساب فافهم (قوله عيب فيهما) أى فى الجارية والغلام (قوله ولو المشترى ذميا سراج) عبارة المعراج على مافى البحر الكفر عيب ، ولو اشتراها مسلم أو ذمى . قال فى البحر : وهو غريب فى الذمى اه وكذا قال فى النهر : ولم أره فى كلام غير السراج ، كيف ولا نفع للذمى بالمسلم لأنه يجبر على إخراجه عن ملكه اه يعنى أنه لو ظهر مشترى الذمى مسلما ليس له الرد كما قدمناه مع أنه لايمكن من إبقائه على ملكه فإذا ظهر كافرا يكون عدم الرد بالأولى لأنه يبقى على ملكه فهو أنفع له من المسلم فكيف يكون كفره عيبا فى حق الذمى دون إسلامه ، هذا تقرير كلامه فافهم . وقد يجاب بأن الإسلام نفع محض شرعا وعقلا فلا يكون عيبا فى حق أحد أصلا ، بخلاف الكفر فإنه أقبح العيوب شرعا وعقلا فهو عيب محض فى حق الكل ، ولذا قال المصنف فى المنح بعد مامر عن البحر .

أقول : ليس بغريب ، لما علم من أن العيب ماينقص الثمن عند التجار ، ولا شك أن الكفر بهذه المثابة ، لأن المسلم ينفر عنه وغيره لايرغب فى شرائه لعدم الرغبة فيه من الكل وهو أقبح العيوب ، لأن المسلم ينفر عن صحبته ولا يصلح للإعتاق فى بعض الكفارات فتختل الرغبة اه .

قلت : ويؤيده أنها لو ظهرت مغنية له الرد مع أن بعض الفسقة يرغب فيها ويزيد فى ثمنها لأنه عيب شرعا ، وكذا لو ظهر الأمرد أبخر ليس له الرد مع أنه عيب عند بعض الفسقة ، لكنه ليس بعيب شرعا ، لأنه لايخل بالاستخدام وإن أخلّ بغرض المشترى الفاسق ، نعم يشكل عليه مافى الخانية : يهودى باع يهوديا زيتا وقعت فيه قطرات خمر جاز البيع ، وليس له الرد لأن هذا ليس بعيب عندهم اه تأمل (قوله وعدم الحيض) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ، لأن الحيض مركب فى بنات آدم ، فإذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها وذلك الداء هو العيب ، وكذا الاستحاضة لداء فيها زيلعى (قوله وعندهما خمسة عشر) وبقولهما يفتى ط ، فانقطاع الحيض لايكون عيبا إلا إذا كان فى أوانه ، أما انقطاعه فى سن الصغر أو الإياس فلا اتفاقا كما فى البحر عن المعراج . قال فى النهر : ويجب أن يكون معناه إذا اشتراها عالما بذلك . وفى المحيط : اشتراها على أنها تحيض فوجدها لاتحيض إن تصادقا على أنها لاتحيض بسبب الإياس فله الرد لأنه عيب لأنه اشتراها للحبل والآيسة لاتحبل اه .

قلت : مافى المحيط ظاهر لأنه حيث اشترط حيضها كان فوات الوصف المرغوب ، أما إذا لم يشترطه فالظاهر أنها لاترد لما قدمناه عن البزازية : لو وجد الدابة كبيرة السن لاترد إلا إذا شرط صغرها فتدبر . وفى القنية : وجدها تحيض كل ستة أشهر مرة فله الرد (قوله ويعرف بقولها الخ) قال فى الهداية : ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح اه ومثله فى متن الملتقى . وذكر الزيلعى تبعا للنهاية وغيرها من شروح الهداية أنه لاتسمع دعواه بأنه ارتفع حيضها إلا إذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل فإن لم يذكر أحدهما لاتسمع دعواه ، ويعرف ذلك بقول الأمة لأنه لايعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك فترد بنكوله لو بعد القبض ، وكذا قبله فى الصحيح . وعن أبى يوسف تردّ بلا يمين البائع . قالوا فى ظاهر الرواية : لايقبل قول الأمة فيه(١) كما فى الكافى ، والمرجع فى الحبل إلى قول النساء ، وفى الداء إلى قول الأطباء ، واشترط لثبوت

---

(١) (قوله لا يقبل قول الأمة فيه) الظاهر أن مرجع الضمير هو الرد ، وهو مقتضى جعله مقابلا لقول أبى يوسف ، وبهذا تعلم مافى قول المحشى الآتى ، لكن ينافيه ما مر من قوله قالوا الخ إذ معنى الرجوع إلى قول الأمة الذى هو مقتضى كلام النهر ، إنما هو اعتبار قولها فى توجه الخصومة على البائع . ولا منافاة بين هذا وبين قولهم لايعتبر قول الأمة فيه : أى فى الرد ، بمعنى أنها لا ترد بمجرد قولها لم أحض ، وحينئذ لا حاجة إلى حمل صيغة ، قالوا على التبرى المشعر بالضعف اه .

ولا تسمع فى أقل من ثلاثة أشهر عند الثانى

العيب قول عدلين منهم اه ملخصا . واعترضهم فى الفتح بأن اشتراط ذكر السبب مناف لتقرير الهداية بأنه يعرف بقول الأمة ، وكذا قال العتابى وغيره ، وهو الذى يجب أن يعوّل عليه إذ لو لزم دعوى الداء أو الحبل لم يتصور أن يثبت بقولها توجه اليمين على البائع ، بل لا يرجع إلا إلى قول الأطباء أو النساء ، ولذا لم يتعرض له فقيه النفس قاضيخان . فظهر أن اشتراطه قول مشايخ آخرين يغلب على الظن خطؤهم اه ملخصا . واعترضه فى البحر بأن قاضيخان صرح أولا بالاشتراط نقلا عن الإمام ابن الفضل ، ثم نقل عنه أيضا بعد صفحة ماعزاه صاحب الفتح إلى الخانية . ولا منافاة بين قولهم يعتبر قول الأمة وقولهم والمرجع إلى النساء فى الحبل وإلى الأطباء فى الداء لأن الأول إنما هو لأجل انقطاع الدم لتتوجه الخصومة إلى البائع ، فإذا توجهت إليه بقولها وعين المشترى أنه عن حبل رجعنا إلى النساء العالمات بالحبل لتتوجه اليمين على البائع وإن عين أنه عن داء رجعنا إلى قول الأطباء كذلك كما لا يخفى اه ، لكن قال فى النهر : ورأيت فى المحيط أن اشتراط ذكر السبب رواية النوادر ، وعليه يحمل مافى الخانية اه . ومقتضاه تعيين الرجوع إلى قول الأمة لكن ينافيه مامر من قوله قالوا ظاهر الرواية أنه لا يقبل قولها فيه ، إلا أن يقال إن لفظ قالوا يشير إلى الضعف . ونقل العلامة المقدسى عن الرئيس الشيخ قاسم أنه ذكر عبارتى الخانية وقال إن الثانية أى التى اقتصر عليها فى الفتح أوجه .

قلت : وهذا ترجيح منه لما اختاره فى الفتح ، وإليه يشير كلام النهر أيضا .

[تنبيه] فى صفة الخصومة فى ذلك . أما على ماذكره الشراح فهى أنه بعد بيان السبب والرجوع إلى النساء أو الأطباء ومضى المدة الآتى بيانها يسأل القاضى البائع ، فإن صدق المشترى ردها عليه ، وإن قال هى كذلك للحال ، وما كانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال فللمشترى تحليفه ، فإن حلف برئ وإلا ردت عليه ، وإن أنكر الانقطاع للحال لا يستحلف عنده ، وعندهما يستحلف . قال فى النهاية : ويجب كونه على العلم بالله مايعلم انقطاعه عند المشترى . وتعقبه فى الفتح بأنه لو حلف كذلك لا يكون إلا بارا ، إذ من أين يعلم أنها لم تحض عند المشترى اه . وأما صفتها على ماصححه فى الفتح فقال بأن يدعى الانقطاع للحال ووجوده عند البائع ، فإن اعترف البائع به ردّت عليه ، وإن اعترف به للحال وأنكر وجوده عنده استخبرت الجارية ، فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ماوجد عنده ، فإن نكل ردت عليه ، وإن اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع للحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع لا يستحلف عنده ، وعندهما يستحلف اه (قوله ولا تسمع فى أقل من ثلاثة أشهر عند الثانى) اعلم أن الزيلعى ذكر هنا أيضا تبعا لشراح الهداية أنه لو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لا تسمع دعواه ، وفى المديدة تسمع ، وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف ، وأربعة أشهر وعشر عند محمد . وعن أبى حنيفة وزفر أنها سنتان اه . وفى رواية تسمع دعوى الحبل بعد شهرين وخمسة أيام ، وعليه عمل الناس بزازية وغيرها . وذكر فى البحر أن ابتداء المدة من وقت الشراء . ورجح فى الفتح مافى الخانية من تقديرها بشهر . وردّ عليه فى البحر بأنه خبط عجيب وغلط فاحش ، لأنه لا اعتبار بما فى الخانية مع صريح النقل عن أئمتنا الثلاثة ، وأقره فى النهر .

قلت : وهو مدفوع ، فقد قال فى الذخيرة : أما إذا ادعى المشترى انقطاع حيضها وأراد ردها بهذا السبب لا يوجد لهذا رواية فى المشاهير ، ثم قال بعد كلام : ويحتاج بعد هذا إلى بيان الحد الفاصل بين المدة اليسيرة والكثيرة قالوا : ويجب أن يكون هذا كمسألة مدة الاستبراء إذا انقطع الحيض ، والروايات فيها مختلفة ثم ذكر الروايات

(والاستحاضة والسعال القديم) لا المعتاد (والدين) الذى يطالب به فى الحال لا المؤجل لعتقه فإنه ليس بعيب كما نقله مسكين عن الذخيرة ، لكن عمم الكمال وعلله بنقصان ولائه وميراثه (والشعر والماء فى العين وكذا كل مرض فيها) فهو عيب معراج كسبل وحوض وكثرة دمع (والثؤلول) بمثلثة كزنبور بثر صغار صلب مستدير على صورشتى جمعه ثآليل قاموس وقيده بالكثرة بعض شراح الهداية (وكذا الكى) عيب (لو عن داء وإلا لا) وقطع الأصبع عيب ، والأصبعان عيبان ، والأصابع مع الكف عيب واحد، والعسر وهو من يعمل بيساره فقط إلا أن يعمل باليمين أيضا كعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ،

السابقة . فعلم أن ماذكروه هنا من المدة إنما ذكروه بطريق القياس على مسألة استبراء ممتدة الطهر ، وقد نبه على ذلك المحقق صاحب الفتح ، ورد القياس بإبداء الفارق بين المسألتين فإنه نقل مافى الخانية من تقدير المدة بشهر . ثم قال : وينبغى أن يعول عليه ، وما تقدم هو خلاف بينهم فى استبراء ممتدة الطهر ، والروايات هناك تستدعى ذلك الاعتبار ، فإن الوطء ممنوع شرعا إلى الحيض لاحتمال الحبل فيكون ماؤه ساقيا زرع غيره ؛ فقدره أبوحنيفة وزفر بسنتين لأنه أكثر مدة الحمل وهو أقيس . وقدره محمد وأبو حنيفة فى رواية بعدة الوفاة ، لأنه يظهر فيها الحبل غالبا . وأبو يوسف بثلاثة أشهر لأنها عدة من لاتحيض . وفى رواية عن محمد : شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى ، والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيبا فلا يتجه إناطته بسنتين أو غيرهما من المدد اه ملخصا . فقد ظهر لك أنه لايصح فى مسألتنا دعوى النقل عن أئمتنا الثلاثة لأن المنقول عنهم ذلك إنماهو فى مسألة الاستبراء المذكورة أما مسألة العيب فلا ذكر لها فى المشاهير وإنما اختلف المشايخ فيها قياسا على مسألة الاستبراء والإمام فقيه النفس قاضيخان اختار تقدير المدة بشهر لتتوجه الخصومة بالعيب المذكور ، لأنه يظهر للقوابل أو للأطباء فى شهر فلا حاجة إلى الأكثر ، ورجحه خاتمة المحققين وهو من أهل الترجيح ، فالقول بأنه خبط عجيب هو العجيب ، فاغتنم هذا التحقيق ، والله تعالى ولى التوفيق (قوله والاستحاضة) بالجر عطفا على المضاف الذى هو عدم ط (قوله والسعال القديم) أى إذا كان عن داء ، فأما القدر المعتاد منه فلا فتح . وظاهره أن الحادث غير عيب ولو وجد عندهما ، لكن المنظور إليه كونه عن داء لاالقدم ، ولذا قال فى الفصولين : السعال عيب إن فحش وإلا فلا أفاده فى البحر (قوله والدين) لأن ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى ، وكذا لو فى رقبته جناية . قال فى السراج لأنه يدفع فيها فتستحق رقبته بذلك ، وهذا يتصور فيما لو حدثت بعد العقد قبل القبض ، فلو قبل العقد فبالبيع صار البائع مختارا للفداء(١) ولو قضى المولى الدين قبل الرد سقط الرد لزوال الموجب له اه وكذا لو أبرأه الغريم بزازية . وفى القنية : الدين عيب إلا إذا كان يسيرا لايعد مثله نقصانا بحر (قوله لا المؤجل لعتقه) اللام بمعنى إلى ، والمراد الذى تتأخر المطالبة به إلى مابعدعتقه كدين لزمه بالمبايعة بلا إذن المولى (قوله لكن عمم الكمال) هو بحث منه مخالف للنقل بحر (قوله وعلله بنقصان ولائه وميراثه) لم يظهر وجه نقصان الولاء إلا أن يراد نقصان الولاء بنقصان ثمرته وهى الميراث تأمل اه ح (قوله كسبل) هو داء فى العين يشبه غشاوة كأنها نسج العنكبوت بعروق حمر اه ح عن جامع اللغة (قوله وحوص) بفتحتين والحاء والصاد مهملتان : ضيق فى آخر العين وبابه ضرب ح عن جامع اللغة ونحوه فى القاموس والمصباح . وفى الفتح أنه نوع من الحول (قوله بثر) بضم الباء وتسكين المثلثة يفرق بينه وبين واحده بالتاء ويذكر لكونه اسم جنس ويؤنث نظرا إلى الجمعية فإنه اسم جنس وضعا جمعى استعمالا على المختار ط (قوله والأصبعان عيبان الخ) أى قطعهما ، فلو باعها بشرط البراءة

---

(١) (قوله مختارا الفداء) أى إذا كان عالما به وإلا فلا يكون بالبيع مختارا الفداء اه .

والشيخ ، وشرب خمر جهرا وقمار إن عد عيبا ، وعدم ختانهما لو كبيرين مولدين وعدم نهق حمار ، وقلة أكل دواب ، ونكاح ، وكذب ونميمة ، وترك صلاة ، لكن فى القنية تركها فى العبد لايوجب الرد . وفيها : لو ظهر أن الدار مشئومة ينبغى أن يتمكن من الرد لأن الناس لايرغبون فيها . وفى المنظومة المحبية : والخال عيب لو على الذقن أو الشفة لا الخد ، والعيوب كثيرة برأنا الله منها :

من عيب واحد فى يدها فإذا هى مقطوعة أصبع واحدة برئ لا لو أصبعين لأنهما عيبان ، وإن كانت الأصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف فهو عيب واحد ، ولو مقطوعة الكف لايبرأ لأن البراءة عن عيب اليد والعيب يكون حال قيامها لاحال عدمها كما فى الخانية . ومفاده أنه لو لم يقل فى يدها يبرأ لو مقطوعة الكف ، وعليه يحمل كلام الشارح ، وكان الأنسب ذكر هذه المسألة فيما سيأتى عند ذكر اشتراط البراءة (قوله والشيب) ومثله الشمط : وهو اختلاط البياض بالسواد ، وغللوه بأنه فى أوانه للكبر ، وفى غير أوانه للداء . قال فى جامع الفصولين : أقول : جعل الكبر هنا عيبا لافى عدم الحيض ؛ حتى لو ادعى عدم الحيض للكبر لم يسمع على مايدل عليه ما مر من قوله لانسمع دعوى عدم الحيض ، إلا أن يدعيه بحبل أو داء وبينهما منافاة اه (قوله وشرب خمر جهرا) أى مع الإدمان ، فلو على الكتمان أحيانا فليس بعيب كما فى جامع الفصولين : أى لأنه لاينقص الثمن وإن كان عيبا فى الدين (قوله إن عد عيبا) كقمار بنرد وشطرنج ونحوهما لا إن كان لايعد عيبا عرفا كقمار بجوز وبطيخ جامع الفصولين : فالمدار على العرف (قوله لو كبيرين مولدين) بخلافه فى الصغيرين . وفى الجليب من دار الحرب لايكون عيبا مطلقا . قال فى الخانية : وهذا عندهم ، يعنى عدم الختان فى الجارية المولدة ، أما عندنا عدم الخفض فى الجارية لايكون عيبا بحر (قوله وعدم نهق حمار) لأنه يدل على عيب فيه ط (قوله وقلة أكل دواب) احتراز عن الإنسان فكثرته فيه عيب ، وقيل فى الجارية عيب لا الغلام ، ولا شك أنه لافرق إذا أفرط فتح (قوله ونكاح) أى فى العبد والجارية خانية لأن العبد يلزمه نفقة الزوجة ، والجارية يحرم وطؤها على السيد قال فى الخانية : وكذا لو كانت الجارية فى العدة عن طلاق رجعى لا عن طلاق بائن والإحرام ليس بعيب فيها ، وكذا لو كانت محرمة عليه(١) برضاع أو صهرية (قوله وكذب ونميمة) ينبغى تقييدهما بالكثير المضر (قوله وترك صلاة) وكذا غيرها من الذنوب(٢) بحر (قوله لكن فى القنية الخ) يؤيده ماف جامع الفصولين رامزا إلى الأصل الزنا فى القن ليس بعيب لأنه نوع فسق فلا يوجب خللا ككونه آكل الحرام أو تارك الصلاة اه فافهم (قوله ينبغى أن يتمكن من الرد الخ)أقره فى البحر والنهر . وفى الولوالجية : والهتوع عيب ،وهو مأخوذ من الهتعة ،وهى دائرة بيضاء تكون فى صدر الحيوان إلى جانب نحره يتشاءم به فيوجب نقصانا فى الثمن بسبب تشاؤم الناس اه (قوله لو على الذقن الخ) عبارة البحر : وكذا الخال إن كان قبيحا منقصا اه . وفى البزازية : والخال والثؤلول لوف موضع مخل بالزينة ، أماف موضع لايخل بها كتحت الإبط والركبة لا (قوله والعيوب كثيرة) منها الأدرة فى الغلام والعفلة وهى ورم فى فرج الجارية ، والسن الساقطة والخضراء والسوداء ضرسا أولا :

واختلف فى الصفرة ومنها الظفر الأسود إن نقص القيمة ، وعدم استمساك البول ، والحرن فى الدابة : وهو أن تقف ولا تنقاد ، والجموح : وهو أن لاتقف عند الإلجام ، وخلع الرسن واللجام ؛وكذا لو اشترى كرما

---

(١) (قوله وكذا لو كانت محرمة عليه) أى لا تكون معيبة فليس له الرد لأن له الانتفاع بتزويجها وإذا كانت مطلقة بائنا ليس للزوج سبيل عليها قال شيخنا والظاهر أن الحرمة لرضاع أو مصاهرة عيب إذا كان الشراء للتسرى فليتأمل .

(٢) (قوله وكذا غيرها من الذنوب)هكذا بخطه ولعل الأولى وكذا غيره أى الترك أو وكذا غيرها من الفرائض مثلا تأمل اه مصححه.

(حدث عيب آخر عند المشترى) بغير فعل البائع ، فلو به بعد القبض رجع بحصته من الثمن ووجب الأرش وأما قبله فله أخذه أو ردّه بكل الثمن مطلقا ، ولو برهن البائع على حدوثه والمشترى على قدمه فالقول للبائع والبينة للمشترى ، ولا يرد جبرا ماله حمل ومؤنة إلا في بلد العقد بحر .

فوجد فيه ثمرا أو مسيلا للغير أو كان مرتفعا لايصل إليه الماء إلا بالسكر أو لاشرب له بزازية . وذكر فى البحر زيادة على ذلك فراجعه (قوله حدث عيب آخر عند المشترى) من ذلك ما إذا اشترى حديدا ليتخذ منه آلات النجارين وجعله فى الكور ليجربه بالنار فوجد به عيبا ولا يصلح لتلك الآلات يرجع بالنقصان ولا يرده (١) . ومنه أيضا بل الجلود أو الإبريسم فإنه عيب آخر يمنع الرد ، وتمامه فى البحر (قوله بغير فعل البائع) ومثله الأجنبى فبقى كلام المصنف شاملا لما إذا كان بفعل المشترى أو بفعل المعقود عليه أو بآفة سماوية ، ففى هذه الثلاث لايرده بالعيب القديم ، لأنه يلزم رده بعيبين ، وإنما يرجع بحصة العيب إلا إذا رضى البائع به ناقصا أفاده فى البحر (قوله فلو به) أى بفعل البائع ومثله الأجنبى ، وقوله بعد القبض يغنى عنه قول المصنف عند المشترى لكنه صرح به ليقابله بقوله وأما قبله فافهم (قوله رجع بحصته) أى حصة العيب الأول وامتنع الرد بحر (قوله ووجب الأرش) أى أرش العيب الحادث بفعل البائع ، فحينئذ يرجع على البائع بشيئين : الأول حصة العيب الأول من الثمن . والثانى أرش العيب الثانى ط ولو كان العيب الثانى بفعل أجنبى رجع بالأرش عليه (قوله وأما قبله الخ) أى وأما إذا كان حدوث العيب الثانى بفعل البائع قبل القبض خير المشترى سواء وجد به عيبا أولا بين أخذه أى مع طرح حصة النقصان من الثمن وبين رده وأخذ كل الثمن ، وكذا لو كان بآفة سماوية أو بفعل المعقود عليه فإنه يرده بكل الثمن أو يأخذه ويطرح عنه حصة جناية المعقود عليه ، وكذا لو كان بفعل أجنبى فإنه يخير . ولكنه إن اختار الأخذ يرجع بالأرش على الجانى . وإن كان بفعل المشترى لزمه بجميع الثمن ، وليس له أن يمسكه ويطلب النقصان أفاده فى البحر . وقوله ويطرح عنه حصة جناية المعقود عليه ظاهره أنه لايطرح عنه شىء لو النقصان بآفة سماوية . ثم رأيت فى جامع الفصولين قال : ولو بآفة سماوية ، فإن كان النقصان قدرا يطرح عن المشترى حصته من الثمن وهو مخير فى الباقى أخذه بحصته أو تركه ككون المبيع كيليا أو وزنيا أو عدديا متقاربا وفات بعض من القدر ، وإن كان النقصان وصفا لايطرح عن المشترى شىء من الثمن وهو مخير أخذه بكل ثمنه أو تركه ، والوصف مايدخل فى المبيع بلاذكر كشجر وبناء فى الأرض وأطراف فى الحيوان وجودة فى الكيلى والوزنى ، إذ الأوصاف لاقسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها الجناية أو القبض ، يعنى إذا قبض ثم استحق شىء من الأوصاف يرجع بحصته من الثمن اه (قوله بكل الثمن) متعلق بقوله أورده ، ولا يصح تعلقه أيضا بقوله فله أخذه أفاده ح (قوله مطلقا) أى سواء وجد به عيبا أولا ح ومثله مامر عن البحر . ولا يخفى أن المراد العيب القديم وإلا فالكلام فيما إذا حدث به عيب ، وأشار إلى أن حدوثه قبل القبض بفعل كاف فى التخيير بين الأخذ والرد سواء كان به عيب قديم أولا فافهم (قوله فالقول للبائع) لايناسب قوله ولو برهن الخ فكان المناسب أن يقول أولا ولو ادعى البائع حدوثه الخ أفاده ح (قوله إلا فى بلد العقد) الأولى أن يقول فى موضع العقد ليشمل مالو نقله إلى بيته فى بلد العقد ، وأشار إلى أن تحميله بمنزلة حدوث عيب لما فيه من مؤنة الرد إلى موضع العقد ، لكن هذا العيب غير مانع لأن مؤنة الرد على المشترى

---

(١) (قوله ولا يرده الخ) أى لأن الحديد ينقص بالوضع فى النار والفضة مثله ، بخلاف الذهب .

أقول : الذهب ينقص بالنار إذا ذاب ، اللهم إلا أن يكون قبل الذوب . ولو حده سكينا فرأى عيبه . فإن حدده بحجر فله الرد . لا لو حدده بمبرد لأنه ينقص منه اه .

(رجع بنقصانه) إلا فيما استثنى ؛ ومنه مالو شراه تولية أو خاطه لطفله زيلعى أو رضى به البائع جوهرة

فلا ضرر فيه على البائع ، وقدمنا الكلام على هذه المسألة أول باب خيار الرؤية (قوله رجع بنقصانه) بأن يقوم بلا عيب ثم مع العيب ؛ وينظر فى التفاوت ، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن ، وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ، حتى لو اشتراه بعشرة وقيمته مائة وقد نقصه العيب عشرة رجع بعشر الثمن وهو درهم . قال البزازى وفى المقايضة إن كان النقصان عشر القيمة رجع بنقصان ماجعل ثمنا يعنى مادخل عليه الباء ، ولابد أن يكون المقوم اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشترى ، والمقوم الأهل فى كل حرفة ، ولو زال الحادث كان له رد المبيع مع النقصان ، وقيل لا ، وقيل لا إن كان بدل النقصان قائما رد وإلا لا ، وكذا فى القنية ، والأول بالقواعد أليق نهر (قوله إلا فيما استثنى) أى من المسائل الست المتقدمة أول الباب ط ، وقد علمت مافيها وكتبنا هناك مسائل أخر منها مايأتى قريبا فى كلام المصنف من مسألة البعير وغيرها . وفى فتح القدير : ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون (١) من جهة المشترى : أما إذا كان بفعل من جهته كذلك كأن قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان ، وكذا إذا قتل عند المشترى خطأ ، لأنه لما وصل البدل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبدل ، فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع (قوله ومنه مالو شراه تولية) هذه إحدى مسألتين ذكرهما فى البحر بقوله يستثنى مسألتان : إحداهما بيع التولية لو باع شيئا تولية ثم حدث به عيب عند المشترى وبه عيب قديم لارجوع ولارد ، لأنه لو رجع صار الثمن الثانى أنقص من الأول ، وقضية التولية أن يكون مثل الأول الثانية لو قبض المسلم فيه فوجد به عيبا كان عند المسلم إليه وحدث به عيب عند رب السلم : قال الإمام : يخير المسلم إليه إن شاء قبله معيبا بالعيب الحادث ، وإن شاء لم يقبل ، ولا شىء عليه من رأس المال ولا من نقصان العيب ؛ لأنه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كان اعتياضا عن الجودة (٢) فيكون ربا اهـ ملخصا (قوله أو خاطه لطفله) الأولى أن يقول أو قطعه لطفله ، لأن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لطفله وخاطه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة ، فإذا وجد به عيبا لايرجع بنقصانه : أما لو كان الولد كبيرا يرجع بالعيب لأنه لايصير ملكا له إلا بقبضه فإذا خاطه قبل القبض امتنع الرد بالخياطة فإذا حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم لايمتنع الرجوع بالنقصان بناء على ماسيأتى من أن كل موضع للبائع أخذه معيبا لايرجع بإخراجه عن ملكه وإلا رجع ؛ ففى الأول أخرجه عن ملكه قبل امتناع الرد وفى الثانى بعده ، إذ ليس للبائع أخذه معيبا بعد الخياطة كما يأتى ، وتمامه فى الزيلعى :

وبما قررناه ظهر أن التقييد بالخياطة تبعا للهداية احترازى فى الكبير اتفاقى فى الصغير كما نبه عليه فى البحر (قوله أو رضى به البائع) يعنى أنه لو أراد الرجوع بنقصان العيب ورضى البائع بأخذه منه معيبا امتنع رجوع المشترى بالنقصان ، بل إما أن يمسكه بلا رجوع ، وإما أن يرده .

---

(١) (قوله بفعل مضمون) أى لو حصل فى ملك الغير ، كما لو غصب مال شخص ووهبه أو باعه مثلا يكون مضمونا عليه وإلا فلا معنى ، لأنه يقال تصرف الإنسان فى ملكه مضمون أو غير مضمون اهـ .

(٢) (قوله كان اعتياضا من الجودة) أى وهى وصف والأوصاف لايقابلها شىء من الثمن مالم تقصد . وفيه أن هذا موجود فى جميع المسائل التى حكم فيها بالرجوع ، مثلا لو اشترى عبدا فوجده يبول وامتنع الرد بسبب حدوث عيب عند المشترى قلنا له الرجوع بحصته من الثمن ، فهذا ما يغرمه البائع إنما هو فى مقابلة الوصف وهو السلامة ، فلم يكن السلم متميزا عن غيره فى شىء من العلة .

وأجاب شيخنا بما حاصله أن الرجوع بنقصان العيب فى معنى تمليك الوصف الفائت للبائع ، والوصف كالجزء من المبيع فيكون تصرفا فى المبيع قبل قبضه وهو لا يجوز فى السلم ولو ممن هو عليه ، بخلاف غيره من التصرفات ، فثبت السلم متميزا عن غيره بذلك اهـ .

(وله الرد برضا البائع) إلا لمانع عيب أو زيادة

لايقال : لاحاجة إلى هذه المسألة مع قول المتن وله الرد برضا البائع ، لأن مافى المتن لبيان أنه مخير بين الرجوع بالنقصان والرد برضا البائع ، وهذا لايدل على أن رضا البائع بالرد يبطل اختيار المشترى الرجوع بالنقصان ، فلذا ذكر الشارح هذه المسألة مبطلات الرجوع ، فلله دره ماحواه دره فافهم (قوله وله الرد برضا البائع) لأن فى الرد إضرار بالبائع لكونه خرج عن ملكه سالما عن العيب الحادث ، فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى بالضرر فيخير المشترى حينئذ بين الرد والإمساك من غير رجوع بنقصان ، وهذا المعنى لايستفاد من المتن ؛ فلو قال ولم يرجع بنقصان لكان أولى نهر .

قلت : وقد أفاد الشارح هذا المعنى بذكر المسألة التى قبله كما قررناه آنفا ، ثم إن مقتضى قولهم إلا أن يرضى بالضرر أن المشترى يرجع عليه بجميع الثمن كاملا ، وبه صرح القهستانى حيث قال غير طالب : أى البائع لحصة النقصان اه فدل على أن البائع ليس له طلب حصة النقصان الحادث فيرد كل الثمن . ثم رأيته أيضا فى حاشية نوح أفندى حيث قال لسقوط حقه برضاه بالضرر فلا يرجع على المشترى بنقصان العيب الحادث اه . ولينظر الفرق بين هذا وبين ماقدمه الشارح عن العينى عند قوله والسرقة .

[تنبيه] أشار المصنف باشتراط رضا البائع إلى فرع فى القنية لورد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشترى فللبائع الرد اه يعنى لعدم رضاه به أولا وفى البزازية : رده المشترى بعيب وعلم البائع بحدوث عيب آخر عند المشترى رد على المشترى مع أرش العيب القديم أو رضى بالمردود ولا شىء به وإن حدث فيه عيب آخر عند البائع رجع البائع على المشترى بأرش العيب الثانى إلا أن يرضى أن يقبله بعيبه الثالث أيضا اه بحر : هذا ، وسيذكر المصنف أنه يعود الرد بالعيب القديم بعد زوال العيب الحادث (قوله إلا لمانع عيب) أى إلا لعيب مانع من الرد ؛ كما لو قتل المبيع عند المشترى رجلا خطأ ثم ظهر أنه قتل آخر عند البائع فقبله البائع بالجنايتين لايجبر المشترى على ذلك ، وإنما يرجع بالنقصان على الجناية الأولى دفعا للضرر عنه ، لأنه لو رده على بائعه كان مختارا للداء فيهما ؛ وكما لو اشترى عصيرا فتخمر بعدم قبضه ثم وجد فيه عيبا لايرده وإن رضى البائع ، وإنما ترجع بالنقصان كذا فى النهر ح (قوله أو زيادة) أى أو إلا لزيادة مانعة كما سيأتى فى نحو الخياطة ح ؛

مطلب فى أنواع زيادة البيع

ثم اعلم أن الزيادة فى المبيع إما قبل القبض أو بعده ، وكل منهما نوعان : متصلة ومنفصلة .

والمتصلة نوعان : متولدة كسمن وجمال(١) فلا تمنع الرد قبل القبض ، وكذا بعده فى ظاهر الرواية ، وللمشترى الرجوع بالنقصان ، وليس للبائع قبوله عندهما ، وعند محمد له ذلك . وغير متولدة كغرس وبناء وصبغ وخياطة فتمنع الرد مطلقا .

والمنفصلة نوعان : متولدة كالولد والثمر والأرش ، فقبل القبض لاتمنع ، فإن شاء ردهما أو رضى بهما بجميع

---

(١) (قوله والمتصلة نوعان : متولدة كسمن وجمال الخ) حاصل الكلام فى الزيادة المتصلة المتولدة أنها لا تمنع الرد قبل القبض قولا واحدا . وأما بعد القبض ، فقال محمد هى كذلك ، وقال الشيخان هى مانعة من الرد ، فعلى هذا لو أراد المشترى الرجوع بالنقصان فقال البائع أنا أقبل المبيع يكون له ذلك عند محمد خلافا لهما ، هذا حاصل ما فى البحر ، وبه تعلم ما فى عبارة المحشى من الاختصار المخل اه .

(كأن اشترى ثوبا فقطعه فاطلع على عيب رجع به) أى بنقصانه لتعذر الرد بالقطع (فإن قبله البائع كذلك له ذلك) لأنه أسقط حقه .

(ولو اشترى بعيرا فنحر فوجد أمعاءه فاسدا لا) يرجع لإفساد ماليته (كما) لايرجع (لو باع المشترى الثوب) كله

الثمن ، وبعد القبض يمتنع الرد ويرجع بحصة العيب. وغير متولدة ككسب وغلة وهبة وصدقة ، فقبل القبض لاتمنع الرد فإذا رد فهى للمشترى بلا ثمن عنده ولا تطيب له : وعندهما للبائع ولا تطيب له ، وبعد القبض لاتمنع الرد أيضا وتطيب له الزيادة ، وتمامه فى البحر عن القنية .

وحاصله أنه يمتنع الرد فى موضعين فى المتصلة الغير المتولده مطلقا ، وفى المنفصلة المتولدة لو بعد القبض كما فى البزازية وغيرها . ووقع فى الفتح أن المنفصلة المتولدة تمنع الرد ، لكنه قال بعده إنه قبل القبض يخير كما مر ، وبعد القبض يرد المبيع وحده بحصته من الثمن .

واعترضه فى البحر بأنه سهو ، إذ هذا التفصيل لايناسب قوله تمنع الرد ، وإنما يناسب الرد ، وهو خلاف مامر عن القنية والبزازية وغيرهما ، وذكر نحوه فى نور العين . وأجاب فى النهر بأن قول الفتح تمنع الرد معناه تمنع رد الأصل وحده .

قلت : ولا يخفى مافيه ، فإن قول الفتح وبعد القبض يرد المبيع وحده ينافيه ، وقد صرح فى الذخيرة أيضا بأنه لايرده ، لأن الولد يصير ربا لكونه صار للمشترى بلا عوض ، بخلاف غير المتولدة كالكسب لأنها لم تتولد من المبيع بل من منافعه ، فلم تكن مبيعة فأمكن أن تسلم للمشترى مجانا . أما الولد فإنه مبيع من وجه لتولده من المبيع فله صفته ، فلو سلم للمشترى مجانا كان ربا ونحوه فى الزيلعى (قوله كأن اشترى ثوبا) تمثيل لأصل المسألة لا للزيادة قال فى البحر : وهو تكرار ، لأن رجوعه وجواز رده برضا بائعه فى الثوب من أفراد ماقدمه ، ولم تظهر فائدة لإفراد الثوب إلا ليترتب عليه مسألة ما إذا خاطه فإنه يمتنع الرد ولو برضاه اه ط (قوله فقطعه) ووطء الجارية كالقطع بكرا كانت أو ثيبا نهر ، وستأتى مسألة الجارية فى المتن (قوله فاطلع على عيب) ذكر الفاء يفيد أن القطع لو كان بعد الاطلاع على العيب لايرجع بالنقصان ، ووجهه ظاهر فليراجع اه ح ، ويشهد له قول المصنف الآتى واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب الخ (قوله فاسدا) الأولى فاسدة (قوله لايرجع لإفساد ماليته) أشار به إلى الفرق بين هذه المسألة وما قبلها ، وهو أن النحر إفساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضة للنتن والفساد ، ولذا لايقطع السارق به فاختل معنى قيام المبيع كما فى النهر ح وعدم الرجوع قول الإمام . وفى الخانية وجامع الفصولين : لو اشترى بعيرا فلما أدخله داره سقط فذبحه فظهر عيبه يرجع بنقصانه عندهما وبه أخذ المشايخ كما لو أكل طعاما فوجد به عيبا ، ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه لايرجع اه : قال فى البحر : وفى الواقعات : الفتوى على قولهما فى الأكل فكذا هنا اه : قال الخير الرملى : ويجب تقييد المسألة بما إذا نحره وحياته مرجوة ، أما إذا أيس من حياته فله الرجوع بالنقصان عند الإمام أيضا ، لأن النحر فى هذه الحالة ليس إفسادا للمالية تأمل اه (قوله كما لايرجع لو باع المشترى الثوب الخ) أى أخرجه عن ملكه والبيع مثال ، فعم مالو وهبه أو أقر به لغيره ولافرق بين ما إذا كان بعد رؤية العيب أو قبله (١) . كما فى الفتح ، وسواء كان ذلك لخوف تلفه أولا ، حتى لو وجد السمكة المبيعة معيبة وغاب البائع بحيث لو انتظره لفسدت فباعها لم يرجع أيضا بشىء كما فى القنية نهر .

ثم اعلم أن البيع ونحوه مانع من الرجوع بالنقصان سواء كان بعد حدوث عيب عند المشترى أو قبله ، إلا

---

(١) (قوله أو قبله) هكذا بخطه ، والأولى أو قبلها : أى رؤية العيب اه مصححه .

أو بعضه أو وهبه (بعد القطع) لجواز رده مقطوعا لامخيطا كما أفاده بقوله (فلو قطعه) المشترى (وخاطه أو صبغه) بأى صبغ كان عينى أولت السويق بسمن أو خبز الدقيق أو غرس أو بنى (ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع للرد بسبب الزيادة لحق الشرع لحصول الربا حتى لو تراضيا على الرد لايقضى القاضى به درر

إذا كان بعد زيادة كخياطة ونحوها كما يأتى ، ولذا قال فى المحيط ، ولو أخرج المبيع عن ملكه بحيث لايبقى لملكه أثر ، بأن باعه أو وهبه أو أقر به لغيره ثم علم بالعيب لايرجع بالنقصان ، وكذا لو باع بعضه ؛ وإن تصرف تصرفا لايخرجه عن ملكه بأن آجره أو رهنه أو كان طعاما فطبخه أو سويقا فلته بسمن أو بنى فى العرصة أو نحوه ثم علم بالعيب فإنه لايرجع بالنقصان إلا فى الكتابة بحر ، لكن فى جامع الفصولين شراه فآجره فوجد عيبه فله نقض الإجارة ورده بعيبه ، بخلاف رهنه من غيره فإنه يرده بعد فكه اهـ . والظاهر(١) أن ما فى المحيط من عدم رجوعه بالنقصان بعد الإجارة والرهن المراد به إذا رضيه البائع معيبا ، فحينئذ لايرجع بل يرده تأمل (قوله أو بعضه) ظاهره أنه ليس له رد ما بقى لتعيبه بالقطع أو الشركة ، وكذا ليس له الرجوع بنقصان الباقى كما يفيده مانقلناه عن المحيط . ثم رأيت فى القهستانى : لو باع بعضه لم يرجع بالنقصان بحصة ماباع ، وكذا بحصة مابقى على الصحيح ولم يرده عنده كما فى المحيط اهـ وهذا بخلاف مالو كان أثوابا فباع بعضها فإن له رد الباقى كما مر متنا قبيل هذا الباب وسيأتى أيضا فى قوله اشترى عبدين الخ ، وبخلاف مالو كان المبيع طعاما ويأتى الكلام عليه (قوله لجواز رده مقطوعا لامخيطا) يعنى أن الرد بعد القطع غير ممتنع برضا البائع ، فلما باعه المشترى صار حابسا للمبيع بالبيع فلا يرجع بالنقصان لكونه صار مفوتا للرد ، بخلاف مالو خاطه قبل العلم بالعيب ، ثم باعه فإنه لايبطل الرجوع بالنقصان لأن الخياطة مانعة من الرد كما يأتى ، فبيعه بعد امتناع الرد لاتأثير له ، لأنه لم يصر حابسا له بالبيع كما أفاده الزيلعى وغيره . والأصل كما فى الذخيرة أنه فى كل موضع أمكن المشترى رد المبيع القائم فى ملكه على البائع برضاه أو بدونه ، فإذا أزاله عن ملكه ببيع أو شبهه لايرجع بالنقصان وفى كل موضع لايمكنه رده على البائع ، فإذا أزاله عن ملكه يرجع بالنقصان ونحوه فى الزيلعى وبنى عليه مسألة مالو خاط الثوب لطفله وقد مرت (قوله وخاطه) أشار به مع ماعطف عليه إلى الزيادة المتصلة الغير المتولدة وقدمنا بيانها (قوله بأى صبغ كان) ولو أسود وعند أبى حنيفة السواد نقصان فيكون للبائع أخذه وهو اختلاف زمان اهـ ح (قوله أولت السويق بسمن) أى خلطه به ، ومثله لو اتخذ الزيت المبيع صابونا وهى واقعة الحال رملى (قوله أو غرس أو بنى) أى فى الأرض المبيعة ط (قوله ثم اطلع على عيب) أى فى السويق أو الثوب بعد هذه الأشياء منح . قال ح ، وهو يفيد أن الزيادة لو كانت بعد الاطلاع على العيب لايرجع بالنقصان ووجهه ظاهر ، ويدل عليه أيضا قول مسكين ولم يكن عالما وقت الصبغ واللت اهـ (قوله بسبب الزيادة) لأنه لاوجه للفسخ فى الأصل دونها لأنها لاتنفك عنه ، ولا وجه إليه معها لحق الشرع الخ (قوله لحصول الربا) فإن الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا فى عقد المعاوضة بلامقابل وهو معنى الربا أو شبهته ، ولشبهة الربا حكم الربا فتح : وبه اندفع ما فى الدر المنتقى عن الوانى من قوله : وفيه أن حرمة الربا بالقدر والجنس وهما مفقودان ههنا فتأمل اهـ . ويوضح الدفع قوله فى العزمية إنه كلام غير محرر ، فإن

---

(١) (قوله والظاهر الخ) لا حاجة إلى هذه التكلفات بعد ما نقل ط عبارة المحيط بالإثبات . قال شيخنا ، ومحل الإثبات يكون ما فى جامع الفصولين تقييدا لما فى المحيط فإنه سكت فيه عن الرد . وأنت خبير بأن عبارة المحيط لايصح تقييدها إلا بالنسبة لمسألة الرهن والإجارة كما وقع فى الفصولين تأمل اهـ .

ابن كمال (كما) يرجع (لو باعه) أى الممتنع رده (فى هذه الصور بعد رؤية العيب) قبل الرضا به صريحا أو دلالة (أو مات العبد)المراد هلاك المبيع عند المشترى (أو أعتقه) أو دبر أو استولد أو وقف قبل علمه بعيبه

الربا ليس بمنحصر عندهم. فى الصورة المذكورة ، لقولهم إن الشروط الفاسدة من الربا ، وهى فى المعاوضات المالية وغيرها(١) لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض: وحقيقة الشروط الفاسدة هى زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ففيها فضل خال عن العوض وهو الربا كما فى الزيلعى وغيره قبيل كتاب الصرف (قوله أى الممتنع رده فى هذه الصور) أى صور الزيادة المتصلة من خياطة ونحوها . وأفاد أن امتناع الرد سابق على البيع بسبب الزيادة فتقرر بها الرجوع بالنقصان قبل البيع فيبقى له الرجوع بعد البيع أيضا وإن كان البيع بعد رؤية العيب . قال فى الفتح : وإذا امتنع الرد بالفسخ ، فلو باعه المشترى رجع بالنقصان ، لأن الرد لما امتنع لم يكن المشترى ببيعه حابسا له (قوله بعد رؤية العيب) وكذا قبلها بالأولى ح (قوله قبل الرضا به صريحا أو دلالة) لم أر من ذكر هذا القيد هنا بعد مراجعة كثير من كتب المذهب ، وإنما رأيته فى حواشى المنح للخير الرملى ذكره بعد قوله أو مات العبد وهو فى محله كما تعرفه قريبا . أما هنا فلا محل له(٢) لأن العرض على البيع رضا بالعيب كما سيأتى ، وهنا وجد البيع حقيقة ولم يمتنع الرجوع بالنقصان لتقرر الرجوع قبله كما علمته آنفا ، فكأن الشارح رأى هذا القيد فى حواشى شيخه فسبق قلمه فكتبه فى غير محله فتأمل (قوله أو مات العبد) لأن الملك ينتهى بالموت ، والشىء بانتهائه يتقرر فكان بقاء الملك قائما والرد متعذر وذلك موجب للرجوع ، وتمامه فى ح عن الفتح . قال فى النهر : ولا فرق فى هذا : أى موت العبد بين أن يكون بعد رؤية العيب أو قبلها اهـ ، لكن إذا كان الموت بعد رؤية العيب لابد أن يكون قبل الرضا به صريحا أو دلالة كما ذكره الخير الرملى ووجهه ظاهر لأنه إذا رأى العيب وقال رضيت به أو عرضه على البيع أو استخدمه مرارا أو نحو ذلك مما يكون دلالة على الرضا امتنع رده والرجوع بنقصانه لو بقى العبد حيا ، فكذا لو مات بالأولى (قوله المراد هلاك المبيع الخ) قال فى النهر : ولو قال أو هلك المبيع لكان أفود ، إذ لافرق بين الآدمى وغيره ، ومن ثم قال فى الفصول : ذهب إلى بائعه ليرده بعيبه فهلك فى الطريق هلك على المشترى ويرجع بنقصه : وفى القنية : اشترى جدارا مائلا فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان اهـ : وفى الحاوى : اشترى أثوابا على أن كل واحد منها ستة عشر ذراعا فبلغ بها إلى بغداد فإذا هى ثلاثة عشر فرجع بها ليردها وهلكت فى الطريق يرجع بنقصان القيمة فى ظاهر المذهب (قوله أو أعتقه) قال فى الهداية ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لايرجع ، لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل . وفى الاستحسان : يرجع لأن العتق إنهاء الملك ، لأن الآدمى ماخلق فى الأصل محلا للملك وإنما ثبت الملك فيه مؤقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء كالموت ، وهذا لأن الشىء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ، والتدبير والاستيلاد بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمى اهـ ح (قوله أو وقف) فإذا وقف المشترى الأرض ثم علم بالعيب رجع بالنقصان ، وفى جعلها مسجدا اختلاف ، والمختار الرجوع بالنقصان كما فى جامع الفصولين . وفى البزازية : وعليه الفتوى ، وما رجع به يسلم إليه ، لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف اهـ نهر (قوله قبل علمه) ظرف لأعتقه وما بعده اهـ ح :

---

(١) (قوله وهى فى المعاوضات المالية وغيرها) صوابه دون غيرها كما فى الزيلعى ، والمراد بالغير التبرعات والمعاوضات الغير المالية كالنكاح اهـ .

(٢) (قوله أما هنا فلا محل له الخ) غير ظاهر ، إذ هو قيد مفيد ، ألا ترى لو قال بعد ماخاطه رضيت بالعيب ثم باعه لايكون له الرجوع قطعا ، ولولا هذا القيد لم يعلم الحكم وكذا لو وجد الرضا دلالة كأن سلم الثمن بتمامه بعد ما اطلع على العيب ، وأما قول المحشى لأن العرض على البيع الخ فهو غير محرر ، لأنه بالخياطة تقرر ملكه فيه وتأكد بتلك الزيادة حقه فى حصة العيب ، وإنما يكون البيع رضا فيما يمكن فيه الرد على البائع اهـ .

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله أو بعضه) أو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده أو لبس الثوب حتى تخرق فإنه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما ، وعليه الفتوى بحر

والحاصل أن هلاك المبيع ليس كإعتاقه ، فإنه إذا هلك المبيع يرجع بنقصان العيب سواء كان بعد العلم به أو قبله . وأما الإعتاق بعد العلم به فمانع من الرجوع بنقصانه بخلافه قبله ، وليس إعتاقه كاستهلاكه ، فإنه إذا استهلكه فلا رجوع مطلقا إلا فى الأكل عندهما بحر ط (قوله أو كان المبيع طعاما فأكله) احترز بالأكل عن استهلاكه بغيره ، ففى الذخيرة ، قال القدورى : ولو اشترى ثوبا أو طعاما وأحرق الثوب أو استهلك الطعام ثم اطلع على عيب لا يرجع بشىء بالنقصان بلا خلاف اه وكذا لو باعه أو وهبه ثم اطلع على عيب لم يرجع إجماعا كما فى السراج لكن فى بيع بعضه الخلاف الآتى ، وأراد بالطعام المكيل والموزون كما يعلم من الذخيرة والخانية .

مطلب فيما لو أكل بعض الطعام

(قوله فأكله أو بعضه) أى ثم علم بالعيب كما فى الهداية ، وهذا يدل على أن الرجوع فيما إذا أطعمه عبده أومدبره أو أم ولده أو لبس الثوب حتى تخرق مقيد بما قبل العلم بالعيب ، فلو أخر الشارح قوله قبل علمه بعيبه عن قوله أو لبس الثوب حتى تخرق ليكون قيدا فى المسائل العشرة لكان أولى ح .

قلت : ويؤيده أنه فى الفتح قال بعد هذه المسائل : وفى الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب إذا وجده فى ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لأنه كالرضا به .

[تنبيه] وقع فى المنح أو أكله بعد اطلاعه على العيب ، وهو سبق قلم كما نبه عليه الرملى (قوله أو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده) إنما يرجع فى هذه المسائل لأن ملكه باق كما فى البحر ، يعنى أن العبد والمدبر وأم الولد إنما أكلوا الطعام على ملك السيد لأنهم لا يملكون ، وإن ملكوا فكان ملكه باقيا فى الطعام والرد متعذر كما قررناه فى الإعتاق ، بخلاف ما إذا أطعمه طفله وما عطف عليه مما سيأتى حيث لا يرجع لأن فيه حبس المبيع بالتمليك من هؤلاء فإنهم من أهل الملك اه ح (قوله فإنه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما) الذى فى الهداية والعناية والفتح والتبيين أن الاستحسان عدم الرجوع وهو قول الإمام فليحرر اه ح .

قلت : ماذكره الشارح من أن الاستحسان قولهما ذكره فى الاختيار ، وتبعه فى البحر وكذا نقله عنه العلامة قاسم ونبه على أنه عكس مافى الهداية وسكت عليه فلذا مشى عليه المصنف فى متنه . وذكر فى الفتح عن الخلاصة أن عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوى ، لكن قال فى الفتح بعده : إن جعل الهداية قول الإمام استحسانا مع تأخيره . وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته فى كون الفتوى على قولهما اه .

قلت : ويؤيده أنه فى الكنز والملتقى وغيرهما مشوا على قول الإمام . وفى الذخيرة : ولو لبس الثوب حتى تخرق من اللبس أو أكل الطعام لا يرجع عنده هو الصحيح خلافا لهما اه .

والحاصل أنهما قولان مصححان ولكن صححوا قولهما بأن عليه الفتوى ، ولفظ الفتوى آكد ألفاظ التصحيح ولاسيما هو أرفق بالناس كما يأتى فلذا اختاره المصنف فى متنه وهذا فى الأكل . أما البيع ونحوه فلا رجوع فيه إجماعا كما علمت ، ويأتى وجه الفرق .

[تنبيه] ظاهر كلام الشارح أن الخلاف جار فى جميع المسائل التى ذكرها مع أنهم لم يذكروه إلا فى أكل الطعام ولبس الثوب أفاده ح .

وعنهما يرد مابقى ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى اختيار وقهستانى ولو كان فى وعاءين فله رد الباقى بحصته من الثمن اتفاقا ابن كمال وابن ملك

قلت : الظاهر جريان الخلاف فى مسائل الإطعام أيضا ، لأنه لو أكل الطعام لايرجع عند الإمام ، فكذا إذا أطعمه عبده بالأولى تأمل (قوله وعنهما يرد مابقى ويرجع بنقصان ماأكل) هذه رواية ثانية عنهما فى صورة أكل البعض ، والأولى أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل ، فلا يرد مابقى هكذا نقل عنهما القدورى فى التقريب وتبعه فى الهداية : وذكر فى شرح الطحاوى أن الأولى قول أبى يوسف ، والثانية قول محمد كما فى الفتح . وأما عند الإمام فلا يرد مابقى ولا يرجع بنقصان ما أكل ولامابقى . فى الذخيرة والفتوى على قول محمد كما نقله فى البحر عن الاختيار والخلاصة ، ومثله فى النهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبى ، فلذا اقتصر عليه الشارح وهذا كله فى أكل البعض : أما لو باع بعض المكيل والموزون ففى الذخيرة أنه عندهما لا يرد ما بقى ولا يرجع بشىء وعن محمد يرد مابقى ولا يرجع بنقصان ماباع هكذا ذكره فى الأصل . وكان الفقيه أبو جعفر وأبو الليث يفتيان فى هذه المسائل بقول محمد رفقا بالناس ، واختاره الصدر الشهيد اه . وفى جامع الفصولين عن الخانية : وعن محمد لايرجع بنقص ماباع ويرد الباقى بحصته من الثمن وعليه الفتوى اه ومثله فى الولوالجية والمجتبى والمواهب والحاصل(١) أن المفتى به أنه لو باع البعض أو أكله يرد الباقى ويرجع بنقص ما أكل لابنقص ماباع . والفرق كما فى الولوالجية أنه بالأكل تقرر العقد ، فتقرر أحكامه ، وبالبيع ينقطع الملك فتنقطع أحكامه . قال فصار بمنزلة مالو اشترى غلامين فقبضهما وباع أحدهما ثم وجد بهما عيبا يرد مابقى ولايرجع بنقصان ماباع بالإجماع ، فكذا هنا عند محمد اه :

قلت : لكن سيذكر المصنف تبعا لغيره من المتون لو وجد ببعض المكيل أوالموزون عيبا له رد كله أو أخذه فإن مقتضاه أنه ليس له رد المعيب وحده : إلا أن يقال إنه محمول على ما إذا كان كله باقيا فى ملكه لم يتصرف فى شىء منه بقرينة قوله له رد كله ، فيفرق بين ما إذا بقى كله وبين ماإذا تصرف ببعضه ببيع أو أكل . أويقال هو مبنى على قول غير محمد تأمل :

[تنبيه] الطعام فى عرفهم البر ، والمراد به هنا هو وما كان مثله من مكيل وموزون كما علم مما نقلناه آنفا عن الذخيرة وفى البحر عن القنية : ولو كان غزلا فنسجه أو فيلقا فجعله إبريسما ثم ظهر أنه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ماإذا باع اه : وبه علم أن الأكل غير قيد بل مثله كل تصرف لايخرجه عن ملكه كما يعلم مما قدمناه عن المحيط ، وتقدم حكم القيمى عند قوله كما لايرجع لو باع المشترى الثوب الخ (قوله ابن كمال) حيث قال والخلاف فيما إذا كان الطعام فى وعاء واحد أو لم يكن فى وعاء ، فإن كان فى وعاءين فله رد الباقى بحصته من الثمن فى قولهم كذا فى الحقائق والخانية اه .

قلت : ولفظ الخانية ، فإن كان فى وعاءين فأكل مافى أحدهما أو باع ثم علم بعيب كان له أن يرد الباقى بحصته من الثمن فى قولهم لأن المكيل والموزون بمنزلة أشياء مختلفة ، فكان الحكم فيه ماهو الحكم فى العبدين والثوبين ونحو ذلك اه . ومقتضاه أنه لاخلاف فى ثبوت رد المعيب وحده ، نعم نقل العلامة قاسم فى تصحيحه عن الذخيرة

---

(١) قوله (والحاصل الخ) أقول : قد نظمت هذه المسألة التى قبلها ليسهل حفظهما فقلت :

وإن يبيع كل المكيل أو أكل	ثم رأى عيبا فلا رجوع بل
يرجع إن كان لبعض كلا	بنقصه . وإن يبع بعضا فلا
وما بقى من أكل أو بيع يرد	عند محمد وذاك المعتمد اه منه

وسيجيء : قلت: فعلى مافى الاختيار والقهستانى يترجح القياس قنية :
(ولو أعتقه على مال) أو كاتبه (أو قتله) أو أبق[1] أو أطعمه طفله أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه مجتبى بعد اطلاعه على عيب ، كذا ذكره المصنف

ان من المشايخ من قال لافرق بين الوعاء والأوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب ، وإطلاق محمد فى الأصل يدل عليه وبه كان يفتى شمس الأئمة السرخسى . ثم قال العلامة قاسم والأول أقيس وأرفق (قوله وسيجيء) أى قبيل قوله اشترى جارية ، لكن للذى سيجيء هو ترجيح عدم الفرق بين الوعاء والأكثر (قوله فعلى مافى الاختيار الخ) أى من قوله وعنهما يرد مابقى ويرجع الخ فإنه يفيد أنه قياس لذكره له بعدقوله فإنه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما :

مطلب يرجح القياس

وحاصله أن إحدى الروايتين عنهما استحساناوالثانية قياس، فيكون ترجيح الثانية كما وقع فى الاختيار والقهستانى من ترجيح القياس عن الاستحسان ، هذا تقرير كلام الشارح ، وبه اندفع ماقيل إن الشارح وافق هنا مافى الهداية وغيرها من أن القياس قولها فافهم ، نعم مافهمه الشارح على ماقررناه خلاف المفهوم من كلامهم ، فقد قال فى الهداية وأما الأكل فعلى الخلاف ، عندهما يرجع ، وعنده لايرجع استحسانا ، وإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده : وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل : وعنهما أنه يرد مابقى اه : وقال فى الاختيار : عندهما يرجع استحسانا ، وعنده لايرجع الخ فإنه المفهوم من هذا أنه فى الهداية جعل الرجوع بالنقصان عندهما قياسا ، وعدمه عنده استحسانا : وفى الاختيار بالعكس .

وحاصله أن الرجوع بالنقصان عندهما قيل إنه قياس ، وقيل إنه استحسان ، ثم بعد قولها بالرجوع بالنقصان ففى صورة أكل البعض عنهما روايتان : الأولى يرجع بنقصان الكل فلايرد الباقى . والثانية يرجع بنقصان ما أكل فقط ويرد مابقى ، وأنت خبير بأنه ليس فى هذا مايفيد أن إحدى هاتين الروايتين قياس والأخرى استحسان كما فهمه الشارح ، بل كل منهما قياس على مافى الهداية ، والاستحسان قول الإمام بعدم الرجوع بشيء أصلا ، وكل منهما استحسان على مافى الاختيار ، والقياس قول الإمام المذكور فتنبه (قوله ولو أعتقه على مال) أى لايرجع لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل . وعنه أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض ح عن الهداية : وعند أبى يوسف يرجع فى هذه المسائل (قوله أو كاتبه) هى بمعنى الإعتاق على مال كما فى البحر ، والكلام فيه مغن عن الكلام فيها ح (قوله أو قتله) هو ظاهر الرواية عن أصحابنا : ووجهه أن القتل لم يعهد شرعا إلا مضمونا ، وإنما سقط عن المولى بسبب الملك فصار كالمستفيد به عوضا ، وهو سلامة نفسه عن القتل إن كان عمدا أو الدية إن كان خطأ فكأنه باعه نهر (قوله طفله) ليس بقيد ، بل المصرح به فى البحر والفتح الولد الصغير والكبير والعلة وهى أهلية الملك كما قدمناه تشملهما اه خ (قوله كذا ذكره المصنف) حيث قال ، فلو أعتقه على مال أو قتله بعد اطلاعه على عيب : وقال محشيه الرملى : صوابه قبل اطلاعه إذ هو محل الخلاف إذ بعده

---

(١) (قول الشارح أو أبق الخ) قال ط ظاهره أنه لايرجع بالنقصان مطلقا ، وقد تقدم لصاحب النهر فى ذكر الإباق مانصه : ولو أراد المشترى أن يرجع بنقصان العيب ليس له ذلك قبل عوده أو موته . والجواب أن ذلك فى إباق ثبت عندهما أنه هو الذى يوجب الرجوع أو الرد ، وما هنا مفروض فيما إذا حصل عند المشترى بعد تحقق عيب فيه آخر قديم عند البائع اه .

تبعا للعينى فى الرمز ، لكن ذكر فى المجمع فى الجميع قبل الرؤية وأقره شراحه حتى العينى ، فيفيد البعدية بالأولوية فتنبه (لا) يرجع بشىء لامتناع الرد بفعله ، والأصل أن كل موضع للبائع أخذه معيبا لايرجع بإخراجه عن ملكه ، وإلا رجع اختيار . وفيه الفتوى على قولهما فى الأكل وأقره القهستانى .

(شرى نحو بيض وبطيخ) كجوز وقثاء (فكسره فوجده فاسدا ينتفع به) ولو علفا للدواب (فله) إن لم يتناول منه شيئا بعد علمه بعيبه (نقصانه) إلا إذا رضى البائع به ، ولو علم بعيبه قبل كسره فله رده (وإن لم ينتفع به أصلا

لايرجع إجماعا ، ولهذا لم يقيد به الزيلعى وأكثر الشراح ، وكأنه تبع العينى فيه وهو سهو (قوله فى الرمز) أى شرح الكنز (قوله لكن ذكر فى المجمع فى الجميع) أى فى جميع المسائل المذكورة ، وهى : العتق على مال والكتابة والإباق وهذا هو الصواب ، لما علمت من أنه لارجوع إجماعا لو بعد الاطلاع على العيب ، لا لما قيل من أنه يلزم أن لايبقى فرق بين هذه المسائل والمسائل المتقدمة فإنه ممنوع ، إذ الفرق واضح وهو ثبوت الرجوع فى المسائل المتقدمة وعدمه فى هذه إجماعا فافهم (قوله حتى العينى) أى فى شرحه على نظم المجمع ، أى فناقض كلامه فى الرمز (قوله بالأولوية) أى لأنه إذا امتنع الرجوع إذا كانت هذه الأشياء قبل الاطلاع على العيب يمتنع بعد الاطلاع بالأولى لأنها دليل الرضا (قوله والأصل الخ) قدمنا بيانه عند قوله لجواز رده مقطوعا لامخيطا وقدمنا هناك بناءه على أصل آخر (قوله وفيه الخ) مكرر مع ماقدمه قريبا ح (قوله فوجده فاسدا الخ) لو قال فوجده معيبا لكان أولى ، لأن من عيب الجوز قلة لبه وسواده كما فى البزازية ، وصرح فى الذخيرة بأنه عيب لا فساد . واحترز بقوله فوجده أى المبيع عما إذا كسر البعض فوجده فاسدا فإنه يرده أو يرجع بنقصه فقط ولا يقيس الباقى عليه ، ولذا قال فى الذخيرة ولايرد الباقى إلا أن يبرهن أن الباقى فاسد اهـ أفاده فى البحر ، وقوله فإنه يرده الخ أى يرد ماكسره لو غير منتفع به أو يرجع بنقصه فقط لو ينتفع به (قوله إن لم يتناول منه شيئا) فلو كسره فذاقه ثم تناول منه شيئا لم يرجع بنقصانه لرضاه به ، وينبغى جريان الخلاف فيما لو أكل الطعام بحر ، وأصل البحث للزيلعى : واعترضه ط بأن الخلاف فى الطعام إذا علم بالعيب بعد الأكل لا قبله (قوله نقصانه) أى له نقصان عيبه لارده ، لأن الكسر عيب حادث بحر وغيره .

قلت : الكسر فى الجوز (١) يزيد فى ثمنه ، فهو زيادة لاعيب تأمل (قوله إلا إذا رضى البائع به) أى بأخذه معيبا بالكسر ، فلا رجوع للمشترى بنقصانه (قوله ولو علم) أى المشترى بعيبه قبل كسره : أى ولم يكسره . قال فى النهر : فلو كسره بعد العلم بالعيب لايرد لأنه صار راضيا اهـ ونبه على ذلك الزيلعى أيضا فقال لا يرده ولا يرجع بالنقصان ، لأن كسره بعد العلم به دليل الرضا انتهى ، لكن الزيلعى ذكر هذا بعد قوله وإن لم ينتفع به أصلا : واعترض بأن محله هنا ، لأنه إن لم ينتفع به أصلا يرده (٢) : ويرجع بكل الثمن (قوله وإن لم ينتفع به أصلا) بأن كان البيض منتنا والقثاء مرا والجوز خاويا ، وما فى العينى أو مزنخا ففيه نظر لأنه يأكله الفقراء نهر :

قلت : وكذا ينتفع به باستخراج دهنه ، لكن هذا لو كان كثيرا ، بل قد يقال ولو قليلا لأنه يباع

---

(١) (قوله قلت الكسر فى الجوز الخ) فيه أن موضوع المسألة فى الذى وجد فاسدا وهو إذا كسر ينكشف حاله فلا يرغب فيه ، وأما قبل الكسر فيرغب فيه لتوهم عدم الفساد اهـ .

(٢) (قوله يرده) أى ولو بعد كسره ، فلا يصح تقييده بما قبل الكسر كما فعل الزيلعى اهـ .

فله كل الثمن) لبطلان البيع ، ولو كان أكثره فاسدا جاز بحصته عندهما نهر . وفى المجتبى : لو كان سمنا ذائبا فأكله ثم أقر بائعه بوقوع فأرة فيه رجع بنقصان العيب عندهما ، وبه يفتى .

(باع ما اشتراه فرد) المشترى الثانى (عليه بعيب رده على بائعه

لمن يستخرج دهنه فيكون له قيمة إلا أن يكون جوزة أو جوزتين مثلا (قوله فله كل الثمن الخ) لأنه تبين بالكسر أنه ليس بمال ، فكان البيع باطلا قبل هذا صحيح فى الجوز الذى لا قيمة لقشره . أما إذا كان له قيمة بأن كان فى موضع يباع فيه قشره يرجع بحصة اللب فقط ، وقيل يرده ويرجع بكل الثمن لأن ماليته باعتبار اللب ، وظاهر الهداية يفيد ترجيحه ، وكذا فى البيض . أما بيض النعامة إذا وجد فاسدا بعد الكسر فإنه يرجع بنقصان العيب : قال فى العناية : وعليه جرى فى الفتح أن هذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر ومافيه جميعا . قال ابن وهبان : وينبغى أن يفصل ، بأن يقال هذا فى موضع يقصد فيه الانتفاع بالقشر . أما إذا كان لا يقصد الانتفاع إلا بالمح بأن كان فى برية والقشر لاينتقل كان كغيره . قال الشيخ عبد البر : ولا يخفى عليك فساد هذا التفصيل ، فإن هذا القشر مقصود بالشراء فى نفسه ينتفع به فى سائر المواضع ، وما ذكره لاينهض لأنه قد يتفق فى كثير مما اتفقوا على صحة بيعه ولا يكون ذلك موجبا لفساد البيع اهـ نهر (قوله ولو كان أكثره فاسدا جاز بحصته) أى بحصة الصحيح منه ، وهذا عندهما وهو الأصح كما فى الفتح . وكذا فى النهر عن النهاية : أما عنده فلا يصح فى الصحيح منه أيضا لأنه كالجمع بين الحر والعبد فى صفقة واحدة : ووجه الأصح كما فى الزيلعى أنه بمنزلة ما لوفصل ثمنه لأنه ينقسم ثمنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته اهـ أى بخلاف الحر مع العبد .

[تنبيه] عبر بالأكثر تبعا للعينى : واعترض بأنه مختل ، والصواب تعبير النهر وغيره بالكثير .

قلت : وهو مدفوع لأنه إذا صح فيما يكون أكثره فاسدا يصح فيما يكون الكثير منه فاسدا بالأولى فافهم ، نعم الأولى التعبير بالكثير ليفيد صحة البيع فى الكل إذا كان الفاسد منه قليلا لأنه لايمكن التحرز عنه ، إذ لايخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب فى الحنطة فلا يرجع بشىء أصلا ، وفى القياس يفسد كما فى الفتح . قال فى النهر والقليل مالايخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين فى المائة ، كذا فى الهداية ، وهو ظاهر فى أن الواحد فى العشرة كثير ، وبه صرح فى القنية . وقال السرخسى : الثلاثة عفو يعنى فى المائة اهـ . وفى البحر : القليل الثلاثة ومادونها فى المائة والكثير مازاد اهـ . وفى الفتح : وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة فى المائة من الجوز عفوا اهـ

مطلب وجد فى الحنطة ترابا

[فرع] اشترى أقفزة حنطة أو سمسم فوجد فيه ترابا ، إن كان يوجد مثله فى ذلك عادة لايرد ، وإلا فإن أمكنه رد كل المبيع يرده ، ولو أراد حبس الحنطة ورد التراب أو المعيب مميزا ليس له ذلك فإن ميز التراب وأراد أن يخلطه ويرد إن أمكنه الرد على ذلك الكيل رده وإلا بأن نقص من ذلك الكيل شىء لا ورجع بنقصان الحنطة إلا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة بزازية : وفى الخانية : لو لم يعد ذلك التراب عيبا فلا رد ، وإلا فإن لم يفحش يرد ، وإن فحش خير المشترى بين أخذ الحنطة بحصتها من الثمن أوردها وأخذ كل الثمن (قوله وفى المجتبى الخ) هذه من أفراد مسألة لا كل السابقة ط فكان الأولى ذكرها هناك (قوله رده على بائعه) معناه أن له أن يخاصم الأول ويفعل ما يجب أن يفعل عند قصد الرد ولا يكون الرد عليه ردا على بائعه ، بخلاف الوكيل بالبيع حيث يكون

لو ردّ عليه بقضاء) لأنه فسخ مالم يحدث به عيب آخر عنده فيرجع بالنقصان ، وهذا (لو بعد قبضه) فلو قبله رده مطلقا فى غير العقار كالرد بخيار الرؤية أو الشرط درر ، وهذا إذا باعه قبل اطلاعه على العيب ، فلو بعده فلا رد مطلقا بحر ،

الرد عليه بالعيب القضاء ردا على موكله ؛ لأن البيع واحد ، فإذا ارتفع رجع إلى الموكل بحر ، وتمامه فيه ، وبخلاف الاستحقاق فإنه إذا حكم به على المشترى الأخير يكون حكما على كل الباعة كما سيأتى فى بابه . قال فى النهر : وهذا الإطلاق قيده فى المبسوط بما إذا ادعى المشترى العيب عند البائع الأول ، أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشترى ولم يشهدا أنه كان عند البائع الأول ليس للمشترى الأول أن يرده إجماعا ، كذا فى الفتح تبعا للدراية اهـ . وأقره فى البحر أيضا :

قلت : وهو مقيد أيضا بما إذا لم يعترف بالعيب بعد الرد . قال فى الفتح : لو قال بعد الرد ليس به عيب لايرده على البائع الأول بالاتفاق (قوله لورد عليه بقضاء) شامل لما إذا أقر بالعيب وامتنع من القبول فرد عليه القاضى جبرا كما إذا أنكر العيب فأثبته بالبينة أو النكول عن اليمين أو بالبينة على إقرار البائع بالعيب مع إنكاره الإقرار به فإنه يرد على بائعه فى الصور الأربع لكون القضاء فسخا فيها شرنبلالية :

[تنبيه] للبائع أن يمتنع عن القبول مع علمه بالعيب حتى يقضى عليه ليتعدى إلى بائعه بحر عن البزازية (قوله لأنه فسخ) أى لأن الرد بالقضاء فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء هداية ، والمراد أنه فسخ فيما يستقبل لافى الأحكام الماضية بدليل أن زوائد المبيع للمشترى ولا يردها مع الأصل ، وتمامه فى البحر وسيذكر الشارح آخر الباب أنه فسخ فى حق الكل إلا فى مسألتين الخ ، ويأتى تمامه .

مطلب لايرجع البائع على بائعه بنقصان العيب

(قوله مالم يحدث به عيب آخر عنده) أى عند البائع الثانى ، قيد لقوله رده على بائعه ؛ وقوله فيرجع تفريع على مفهوم القيد المذكور ، أى فإن حدث عيب آخر عند البائع الثانى ثم رده عليه المشترى منه بالعيب القديم فلا يرده على بائعه بل يرجع عليه بنقصان العيب القديم ، لأن العيب الحادث عنده يمنعه من الرد ، وما قلناه من إرجاع ضمير عنده إلى البائع الثانى أصوب من إرجاعه إلى المشترى الثانى لئلا يخالف قولى الإمام :

لما فى البحر : لو باعه فأطلع مشتريه على عيب قديم به لايحدث مثله ويحدث عنده عيب ورجع بنقصان العيب القديم ؛ فعنده لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب القديم : وعندهما يرجع ، كذا ذكره الإسبيجابى ، ومثله فى الصغرى اهـ فافهم (قوله وهذا) أى اشتراط القضاء للرد اهـ ح (قوله لو بعد قبضه) أى قبض المشترى الثانى المبيع ط (قوله فلو قبله الخ) أى فلو كان الرد قبل قبضه فللمشترى الأول أن يرده على البائع الأول مطلقا سواء كان رده عليه بقضاء أو برضا المشترى الأول الذى هو البائع الثانى ، لأن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز فلايمكن جعله بيعا جديدا فى حق غيرهما فجعل فسخا من الأصل فى حق الكل ، فصار كما لوباع المشترى الأول للثانى بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للأول أن يرده مطلقا ، والفسخ بالخيارين لايتوقف على قضاء : قال الزيلعى : وفى العقار اختلاف المشايخ على قول أبى حنيفة : والأظهر أنه بيع جديد فى حق البائع الأول ، لأن العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده على بائعه كأنه اشتراه بعد ماباعه : وعند محمد فسخ لأنه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده : وعند أبى يوسف بيع فى حق الكل اهـ من حاشية نوح أفندى (قوله وهذا) الإشارة إلى قوله رده على بائعه (قوله فلا رد مطلقا)

وهذا فى غير النقدين لعدم تعينهما فله الرد مطلقا شرح مجمع : (ولو) رده (برضاه) بلا قضاء (لا) وإن لم يحدث مثله فى الأصح لأنه إقالة :

(ادعى عيبا) موجبا لفسخ أو حط ثمن

أى لابقضاء ولا رضا ، لأن بيعه بعد رؤية العيب دليل الرضا به (قوله وهذا) أى اشتراط القضاء للرد (قوله فى غير النقدين) قال فى البحر : وقيد بالمبيع وهو العين احترازا عن الصرف فإنه يجعل فسخا إذ رد بعيب لافرق بين القضاء والرضا لأنه لايمكن أنه يجعل بيعا جديدا لأن الدينار هنا لايتعين فى العقود فإذا اشترى دينارا بدراهم . ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشترى الثانى بالدينار عيبا ورده المشترى بغير قضاء فإنه يرده على بائعه لما ذكرنا . ووجهه فى الكافى بأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فإذا رده على المشترى يرده على بائعه أما هنا المبيعان موجودان .

مطلب مهم ، قبض من غريمه دراهم فوجدها زيوفا فردها عليه بلا قضاء

وذكر فى الظهيرية : وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم على رجل وقضاها من غريمه فوجدها الغريم زيوفا فردها عليه بلا قضاء فله ردها على الأول اه ، وماذكره فى الظهيرية أفتى به الخير الرملى تبعا لما فى فتاوى قارىء الهداية وفتاوى ابن نجيم ، وهذا إذا لم يكن أقر بقبض حقه أو الثمن أو الدين ، فلو أقر بذلك ثم جاء ليرده لم يقبل منه لتناقضه كما أوضح ذلك العلامة الطرسوسى فى أنفع الوسائل ، ولخصت ذلك فى تنقيح الحامدية :

وبقى ماإذا تصرف فيه القابض بعد علمه بعيبه فإنه لايرده إذا رد عليه ، لما فى القنية برمز القاضى عبد الجبار إذا أخذ من دينه دينارا فجعله فى الروث ليروج أو جعل الدرهم فى البصل ونحوه ليس له الرد كما لو داوى عيب مشريه ليس له الرد اه فليحفظ ، لكن سيذكر الشارح من موانع الرد العرض على البيع إلا الدراهم إذا وجدها زيوفا فعرضها على البيع فليس برضا ، وسيذكره أيضا فى آخر متفرقات البيوع : وعلله فى البحر بأن حقه فى الجياد فلم تدخل الزيوف فى ملكه ، لكن صرحوا بأنه لو تجوز بها ملكها وصارت عين حقه فصار الحاصل أنه لو رضى بها امتنع الرد وإلا فله ردها وإن عرضها على البيع ، وبه يظهر أن عرضها على البيع لايكون دليل الرضا بها فيحمل مامر عن القنية على ماإذا رضى بها صريحا فليتأمل ، وسيأتى فى متفرقات البيوع متنا وشرحا لو قبض زيفا بدل جيد كان له على آخر جاهلا به ، فلو علم وأنفقه كان قضاء اتفاقا ونفق أو أنفقه فهو قضاء لحقه ، فلو قائما رده اتفاقا . وقال أبو يوسف : إذا لم يعلم يرد مثل زيفه ويرجع بجيده استحسانا كما لو كانت ستوقة أو لبهرجة واختاروه للفتوى اه (قوله ولو رده برضاه الخ) أى لو رد المشترى الثانى على الأول برضاه ليس له رده على بائعه سواء كان العيب يحدث مثله فى المدة كالمرض أولا كالأصبع الزائدة ، لأن الرد بالعيب بعد القبض إقالة وهى بيع جديد فى حق الثالث وفسخ فى حق المتعاقدين والبائع الأول ثالثهما فصار فى حقه كأن المشترى الأول اشتراه من الثانى فلا خصومة له مع بائعه لا فى الرد ولا فى الرجوع بالنقصان ، بخلاف الرد بقضاء القاضى فإنه فسخ فى حق الكل لعموم ولايته فيصير كأن البائع الأول لم يبعه ، أفاده نوح أفندى :

[تنبيه] الوكيل بالبيع على هذا التفصيل فإذا رد عليه المبيع بقضاء لزم الموكل ولو بدونه لزمه دون الموكل ، وليس له أن يخاصم الموكل وإن كان العيب لايحدث مثله هو الصحيح ، لأن الرد بلا قضاء فى حق الموكل بمنزلة الإقالة وتمامه فى الخانية (قوله أو حط ثمن) فما إذا حدث عنده عيب آخر فإنه يحط من الثمن نقصان العيب كما مر

(بعد قبضه المبيع لم يجبر)المشترى(على دفع الثمن)للبائع (بل يبرهن) المشترى لإثبات العيب (أو يحلف بائعه) على نفيه وبدفع الثمن إن لم يكن شهود (وإن ادعى غيبة شهوده دفع) الثمن (إن حلف بائعه) ولو قال أحضرهم إلى ثلاثة أيام أجله، ولو قال لابينة لى فحلفه ثم أتى بها تقبل خلافا لهما فتح (ولزم العيب بنكوله) أى البائع عن الحلف : (ادعى) المشترى (إباقا) ونحوه مما يشترط لرده وجود العيب عندهما كبول وسرقة وجنون (لم يحلف بائعه)

(قوله بعد قبضه المبيع) قيد اتفاقى لأن البائع له المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع ، فإذا ادعى المشترى عيبا لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضا بحر واعترض بأنه لايجبر وإن ثبتت المطالبة :

قلت : وهو ممنوع وإلا فما فائدة المطالبة فافهم (قوله لم يجبر المشترى) لاحتمال صدقه عينى ؛ والأولى للشارح ذكر المشترى عقب قوله ادعى لتنسحب الضمائر كلها عليه (قوله لإثبات العيب) أى إثبات وجوده عنده وعند البائع فإذا أثبته كذلك رد المبيع على البائع أو قبله ودفع ثمنه (قوله أو يحلف بائعه على نفيه) أى نفى العيب عنده : أى عند البائع ،وقوله وبدفع الثمن : أى المشترى بعد أن حلف البائع ،وقوله إن لم يكن شهود مرتبط بقوله ويحلفه(١) أو بقوله ويدفع ، والأولى إسقاطه للعلم به من عطف أو يحلف على يبرهن .

ثم اعلم أن المتبادر من هذا أن له تحليف البائع قبل إقامة البينة على قيام العيب للحال ، وهذا قولهما ورواية ضعيفة عن الإمام ، والصحيح عنده ما ذكره عقيبه؛ فى مسألة دعوى الإباق من أنه لا يحلف بائعه حتى يبرهن المشترى أنه أبق عنده كما يأتى بيانه ، وعن هذا أول الزيلعى قول الكنز أو يحلف بائعه بقوله أى بعد إقامة المشترى البينة أنه وجد فيه عنده : أى عند المشترى ، وأوله فى البحر بما إذا أقر البائع بقيام العيب به ، ولكن الكل قدمه :

واعترضه فى النهر بأنه مما لادليل فى كلامه عليه ، ثم قال : وقد ظهر لى أن موضوع هذه المسألة فى عيب لايشترط تكراره كالولادة ؛ فإذا ادعاه المشترى ولا برهان له حلف بائعه ، وقوله بعده : ولو ادعى إباقا بيان لما يشترط تكراره وإلا كان الثانى حشوا ، فتدبره فإنى لم أر من عرّج عليه اه :

قلت : وأشار إليه الشارح بقوله الآتى مما يشترط الخ (قوله وإن ادعى غيبة شهوده) أى عدم حضورهم فى المصر، أما لو قال لى بينة حاضرة أمهله القاضى إلى المجلس الثانى إذ لاضرر فيه على البائع بحر (قوله تقبل خلافا لهما فتح) عبارة الفتح : تقبل فى قول أبى حنيفة ، وعند محمد لاتقبل ، ولا يحفظ فى هذا رواية عن أبى يوسف اه . وذكر قبله أنه لو قال لى بينة حاضرة ثم أتى بها تقبل بلا خلاف (قوله ولزم العيب بنكوله) أى لزمه حكمه ، لأن النكول حجة فى المال لأنه بذل أو إقرار (قوله إباقا ونحوه الخ) احتراز عما لايشترط تكرره وهو ثلاث : زنا الجارية ، والتولد من الزنا ، والولادة كما قدمه أول الباب ، ففيها لايشترط إقامة البينة على وجودها عند المشترى بل يحلف عليها البائع ابتداء كما فى البحر (قوله عندهما) أى عند البائع والمشترى (قوله وجنون) قيل هذا على القول الضعيف المنقول عن العينى فيما تقدم اه ؛

قلت : الذى تقدم هو أن الجنون مما يختلف صغرا وكبرا ، بمعنى أنه إذا وجد فى يد البائع فى الصغر وفى يد المشترى فى الكبر لا يكون عيبا كالإباق وأخويه ، والكلام هنا فى اشتراط المعاودة عند المشترى ، وهو القول الأصح كما قدمه الشارح ، وهذا غير ذاك كما لا يخفى ونبه عليه ط أيضا فافهم (قوله لم يحلف بائعه) قال فى البحر : أى إذا ادعى عيبا يطلع عليه الرجال ويمكن حدوثه فلابد من إقامة البينة أولا على قيامه بالمبيع مع قطع النظر

---

(١) (قوله مرتبط بقوله ويحلفه) هكذا بخطه مع أن الذى فى الشارح أو يحلف بائعه على نفيه كما فى صدر القولة ، فتأمل اه مصححه.

إذا أنكر قيامه للحال (حتى يبرهن المشترى أنه) قد أبق عنده (فإن برهن حلف بائعه) عندهما (بالله ماأبق) وما سرق وماجن (قط) وفى الكبير : بالله ما أبق مذ بلغ مبلغ الرجال لاختلافه صغرا وكبرا .

واعلم أن العيوب أنواع خفى كإباق وعلم حكمه وظاهر كعور وصمم وأصبع زائدة أو ناقصة. فيقضى بالرد

عن قدمه وحدوثه لينتصب البائع خصما ، فإن لم يبرهن لايمين على البائع عند الإمام على الصحيح : وعندهما يحلف على نفى العلم ، وتمامه فيه (قوله إذا أنكر قيامه للحال) أما لو اعترف بذلك فإنه يسأل عن وجوده عنده فإن اعترف به رده عليه بالتماس من المشترى ، وإن أنكر طولب المشترى بالبينة على أن الإباق وجد عند البائع ، فإن أقامها رده وإلا حلف نهر (قوله أنه قد أبق عنده) أى عند المشترى نفسه ، لأن القول وإن كان قول البائع لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى ومعرفته تكون بالبينة درر (قوله فإن برهن) أى المشترى على قيامه للحال نهر (قوله حلف بائعه عندهما) صوابه اتفاقا ، لأن الخلاف فى تحليف البائع إنما هو قبل برهان المشترى كما علمت ، أما بعده فإنه يحلف اتفاقا لأنه انتصب خصما حين أثبت المشترى قيام العيب عنده عند الإمام فكذا عندهما بالأولى (قوله بالله ما أبق قط) عدل عن قول الكنز وغيره بالله ما أبق عندك قط بزيادة الظرف ، لما قاله الزيلعى من أن فيه ترك النظر للمشترى ، لأنه يحتمل أنه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه يرد عليه ؛ فالأحوط أن يحلف ماأبق قط أو مايستحق عليك الرد من الوجه الذى ذكره أو لقدسلمه وما به هذا العيب :

قال فى النهر إلا أن كون حذف الظرف أحوط بالنظر إلى المشترى مسلم لابالنظر إلى البائع ، إذ يجوز أنه أبق عند الغاصب ولم يعلم منزل المولى ولم يقدر عليه ؛ وقد مر أنه ليس بعيب فالأحوط بالله مايستحق عليك الرد الخ وما بعده . وفى البزازية والاعتماد على المروى عن الثانى : بالله ما لهذا المشترى قبلك حق الرد بالوجه الذى يدعيه تحليفا على الحاصل اهـ ، ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشترى لجواز حدوثه بعد البيع قبل التسليم فيكون بارا مع أنه يوجب الرد ، قيل كيف يحلف على البتات مع أنه فعل الغير ، والتحليف فيه إنما يكون على العلم ؛ وأجيب بأنه فعل نفسه فى المعنى وهو تسليم المعقود عليه سالما كما التزمه قاله السرخسى :

قال فى الفتح : ومما تطارحناه أنه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشترى وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولاعلم للبائع بذلك فادعى المشترى بذلك وأثبته يرده به ، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلفه على العلم ؛ وكذا فى كل عيب يرد فى تكرره اهـ . والمطارحة إلقاء المسائل ، وهى هنا ليست فى أصل الرد كما ظنه فى البحر فقال إنه منقول فى القنية ، بل فى تحليفه على عدم العلم أخذا من قولهم إنما يحلف على البتات لادعائه العلم به ، والغرض هنا أنه لاعلم له به فتدبره اهـ مافى النهر ملخصا ؛ وتمامه فيه (قوله وماجن) الأولى إسقاطه كما تعرفه (قوله وفى الكبير الخ) عطف على محذوف تقديره هذه الكيفية فى إباق الصغير وفى الكبير الخ ط (قوله لاختلافه صغرا وكبرا) فيحتمل أنه أبق عنده فى الصغر فقط ثم أبق عند المشترى بعد البلوغ وذلك لايوجب الرد لاختلاف السبب على ماتقدم ، فلو ألزمناه الحلف على ماأبق عنده قط أضررنا به وألزمناه مالايلزمه ، ولو لم يحلف أصلا أضررنا بالمشترى فيحلف كما ذكر ، وكذا فى كل عيب يختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله ، بخلاف مالا يختلف كالجنون فتح ، فعلى هذا كان الأولى إسقاط قوله وماجن لأنه لايناسب قوله وفى الكبير الخ (قوله خفى كإباق) أى من كل عيب لايعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول فى الفراش والجنون والزنا فتح (قوله وعلم حكمه) أى حكم رده

بلا يمين للتيقن به إذا لم يدّع الرضا به . وما لا يعرفه إلا الأطباء ككبد ، فيكفى قول عدل وللإثبات عند بائعه عدلين وما لا يعرفه إلا النساء كرتق فيكفى قول الواحدة ثم يحلف البائع عينى .

مما ذكره المصنف آنفا (قوله للتيقن به) أى فى يد البائع والمشترى فتح (قوله إذا لم يدع الرضا به) أى رضا المشترى به ، أو العلم به عند الشراء ، أو الإبراء منه ، فان ادعاه سأل المشترى ، فإن اعترف امتنع الرد : وإن أنكر أقام البينة عليه ، فإن عجز يستحلف ماعلم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه ، فإن حلف رده ، وإن نكل امتنع الرد فتح (قوله ككبد) أى كوجع كبد وطحال فتح . وفى بعض النسخ ككبدى بياء النسب : أى كداء منسوب إلى الكبد (قوله فيكفى قول عدل) أى لتوجه الخصومة . قال فى الفتح : فإن اعترف به عندهما رده ، وكذا إذا أنكره فأقام المشترى البينة أو حلف البائع فنكل ، إلا إن ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا ، وإن أنكره عند المشترى يريه طبيبين مسلمين عدلين ، والواحد يكفى والاثنان أحوط ، فإذا قال به ذلك يخاصمه فى أنه كان عنده اه ، واشتراط العدلين منهم إنما هو للرد والواحد لتوجه الخصومة فيحلف البائع كما فى البدائع ، ولكن فى أدب القاضى ما يخالفه بحر .

قال فى البزازية : وفى أدب القاضى الذى يرجع فيه إلى الأطباء لايثبت فى حق توجه الخصومة مالم يتفق عدلان بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول المرأة الواحدة فى حق الخصومة لا فى حق الرد اه .

قلت : الأول أظهر ، لأن العدلين يكتفى بهما للإثبات ، فيكفى الواحد لتوجه الخصومة ، ولذا جزم به فى الخانية ، حيث قال : إن أخبر بذلك واحد يثبت العيب فى حق الخصومة والدعوى ، وإن شهد عدلان أنه قديم كان عند البائع يرده على البائع .

مطلب فيما لا يطلع عليه إلا النساء

(قوله فيكفى قول الواحدة) أى لإثبات العيب فى حق الخصومة لا فى الرد فى ظاهر الرواية خانية ، وقد أشار إلى هذا بقوله فيحلف البائع ، إذ لو ثبت الرد بقولها لم يحتج إلى التحليف ، وهذا إذا كان بعد القبض بالاتفاق كما فى شرح الجامع لقاضى خان ، فلو قبله ففيه اختلاف الروايات :

ففى الخانية : إن آخر ما روى عن محمد وأبى يوسف أنه يردّ بشهادتهن ، إلا فى الحبل فلا ترد بشهادتهن . وفى الذخيرة : الواحدة العدلة تكفى والثنتان أحوط ، فإذا قالت واحدة عدلة أو ثنتان إنها حبلى يثبت العيب فى حق توجه الخصومة ، ثم إن قالت أو قالتا كان ذلك عند البائع ، إن كان ذلك بعد القبض لا ترد بل يحلف البائع لأن شهادة النساء حجة ضعيفة والعقد بعد القبض قوى ولا يفسخ العقد القوىّ بحجة ضعيفة ، وإن قبل القبض فكذلك لا رد بقول الواحدة ، أما المثنى فقيل على قياس قوله لا ترد وعلى قياس قولهما ترد : وذكر الخصاف أنها لا ترد فى ظاهر رواية أصحابنا . وفى القدورى إنه المشهور من قولهما ، لأن ثبوت العيب بشهادتهن ضرورى ومن ضرورة ثبوته توجه الخصومة دون الرد فيحلف البائع ، فإن نكل تأيدت شهادتهن بنكوله فيثبت الرد . وروى الحسن عن الإمام ثبوت الرد بشادتهن إلا فى الحبل لأنه تعالى تولى علمه بنفسه اه ما فى الذخيرة ملخصا ثم ذكر روايات أخر .

والحاصل أن شهادة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب المذكور فى حق توجه الخصومة لا فى حق الرد سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده فى ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة وهو المشهور فكان هو المذهب المعتمد وإن اقتصر

قلت : وبقى خامس مالا ينظره الرجال والنساء ، ففى شرح قاضيخان : شرى جارية وادعى أنها خنثى حلف البائع (استحق بعض المبيع ، فإن) كان استحقاقه (قبل القبض) للكل (خير فى الكل) لتفرق الصفقة (وإن بعده خير فى القيمى لا فى غيره) لأن تبعيض القيمى عيب لا المثلى كما سيجىء ؛

(وإن شرى شيئين فقبض أحدهما دون الآخر فحكمه حكم ماقبل قبضهما) فلو استحق أو تعيب أحدهما خير (وهو) أى خيار العيب بعد رؤية العيب (على التراخى) على المعتمد ؛

فى كثير من الكتب على خلافه ، وقدمنا مايؤيد ذلك عن الفتح فى آخر خيار الشرط ، ولا ينافى ذلك ما اتفق عليه أصحاب المتون فى أول كتاب الشهادة من قبول شهادة الواحدة فى البكارة والعيوب التى لايطلع عليها إلا النساء ، لأن المراد به أن العيب يثبت بقولهن ليحلف البائع كما نص عليه فى الهداية هناك ، وهذا معنى قولهم هنا يثبت فى حق توجه الخصومة ، فاغتنم تحقيق هذا المحل فإنك لاتجده فى غير هذا الكتاب ، والحمدلله الملك الوهاب (قوله قلت وبقى خامس الخ) هذا الفرع مذكور فى الفتح والبحر والنهر ، لكنهم اقتصروا على عد الأنواع أربعة فلما رأى الشارح مخالفة حكمه لهذه الأربعة جعله نوعا خامسا فكان من زياداته الحسنة فافهم .

قلت : ومن هذا النوع مالو ادعى ارتفاع حيض الجارية ، فقد صرحوا بأنه لاتقبل الشهادة عليه لأنه لايعلم إلا منها وتتوجه الخصومة بقولها على ما اختاره فى الفتح ، نعم على مااختاره غيره من أنه لابد من دعوى المشترى أنه عن داء فيرجع فيه إلى شهادة الأطباء أو عن حبل فيرجع إلى شهادة النساء لايكون من هذا النوع بل من أحد النوعين قبله :

مطلب فيما يحلف المشترى أنه لم يفعل مسقطا لخيار العيب

[فروع] لو أراد المشترى الرد ولم يدع البائع عليه مسقطا لم يحلف المشترى ، وعند الثانى يحلف . وفى الخلاصة والبزازية أن القاضى لايستحلف الخصم بلا طلب المدعى إلا فى مسائل منها خيار العيب . وفى البدائع : لو أخبرت امرأة بالحبل وامرأتان بعدمه صحت الخصومة ولايقبل قول النافية . وفى التهذيب : برهن البائع أنه حدث عند المشترى وبرهن المشترى أنه كان معيبا فى يد البائع تقبل بينة المشترى بحر ملخصا (قوله قبل القبض للكل) ذكر الكل غير قيد ، فإن قبض البعض حكمه كحكم ماإذا لم يقبض الكل كما ذكره المصنف عقبه ، ولكن لما أفرد المصنف البعض بالذكر علم أن كلامه هنا فى الكل فلذا صرح به الشارح ، نعم لو قال المصنف قبل القبض ولو للبعض لاستغنى عن قوله بعده وإن قبض أحدهما (قوله خير فى الكل) أى فى القيمى وغيره بقرينة قوله وإن بعده خير فى القيمى لا فى غيره فالمراد أنه يخير فى الباقى بعد الاستحقاق بين إمساكه ورده ، فليس المراد بالكل كل المبيع حتى يرد عليه أن البيع فى البعض المستحق باطل فافهم (قوله لتفرق الصفقة) أى تفرقها على المشترى قبل تمامها لأنها قبل القبض لم تتم فلذا كان له الخيار (قوله وإن بعده الخ) أى وإن كان استحقاق البعض بعد القبض خير فى القيمى لا فى غيره إذ لايضره التبعيض (قوله كما سيجىء) لم أره فى هذا الباب صريحا تأمل (قوله فلو استحق) بيان لقوله فحكمه حكم ماقبل قبضهما وقوله أو تعيب زيادة بيان وإلا فالكلام فى الاستحقاق ؛ وأما تعيب أحد الشيئين فسيذكره المصنف فى قوله اشترى عبدين الخ .

ومافى الحاوى غريب بحر (فلو خاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد) مالم يوجد مبطله كدليل الرضا فتح ء وفى الخلاصة : لو لم يجد البائع حتى هلك رجع بالنقصان (واللبس والركوب والمداواة) له أو به عينى (رضا بالعيب) الذى يداويه فقط

مطلب فى تخيير المشترى إذا استحق بعض المبيع

[تنبيه] حاصل ماذكره المصنف فى هذه المسائل مافى جامع الفصولين عن شرح الطحاوى : لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ، ويخير المشترى فى الباقى سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أولا لتفرق الصفقة قبل التمام ؛ وكذا لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض أو غيره يخير لما مر من التفرق ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ، ثم لو أورث الاستحقاق عيبا فيما بقى يخير المشترى ، ولو لم يورث عيبا فيه كثوبين أوقنين استحق أحدهما أو كيلى أو وزنى استحق بعضه ولا يضر تبعيضه ، فالمشترى يأخذ الباقى بلا خيار اه . وفى النهر عن العناية : حكم العيب والاستحقاق سيان قبل القبض فى جميع الصور ، يعنى فيما يكال ويوزن وغيرهما ، وحكمهما بعد القبض كذلك إلا فى المكيل والموزون (قوله ومافى الحاوى) أى من أنه إذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا اه ح (قوله كدليل الرضا) مما يأتى قريبا ، وصريحه بالأولى (قوله وفى الخلاصة الخ) حيث قال : وجد به عيبا ولم يجد البائع ليرده فأطعمه وأمسكه ولم يتصرف فيه تصرفا يدل على الرضا فإنه يرده على البائع لو حضر ، ولو هلك يرجع بالنقصان اه أى ولا يرجع على بائعه بالثمن وهذا إذا لم يرفع الأمر إلى القاضى كما سيذكره المصنف (قوله واللبس والركوب الخ) أى لو اطلع على عيب فى المبيع فلبسه أو ركبه لحاجته فهو رضا دلالة : ولو كان ركوبه للدابة لينظر إلى سيرها ولبسه الثوب لينظر إلى قدره كما فى النهر وغيره ؛

فإن قلت : إن فعل ذلك لايبطل خيار الشرط فكذا خيار العيب . قلت : فرق فى الذخيرة بأن خيار الشرط مشروع للاختبار واللبس والركوب مرة يراد به ذلك ، بخلاف خيار العيب فإنه شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند العجز عن الوصول إلى الفائت فلا يحتاج إلى أن يختبر المبيع .

[تنبيه] أشار إلى أن الرضا بالعيب لايلزم أن يكون بالقول . ثم إن الرضا بالقول لايصح معلقا لما فى البحر عن البزازية : عثر على عيب فقال للبائع إن لم أرد إليك اليوم رضيت به : قال محمد : القول باطل وله الرد (قوله ولمدواة له أو به) أى أنه يشمل مالو كان المبيع عبدا مثلا فداواه من عيبه أو كان دواء فداوى به نفسه أو غيره بعد اطلاعه على عيب فيه ؛

مطلب فيما يكون رضا بالعيب

(قوله رضا بالعيب الذى يداويه فقط) قال فى البحر : المداواة إنما تكون رضا بعيب داواه ، أما إذا داوى المبيع من عيب قد برئ منه البائع وبه عيب آخر فإنه لايمتنع رده كما فى الولوالجية اه . وفى جامع الفصولين : شرى معيبا فرأى عيبا آخر فعالج الأول مع علمه بالثانى لايرده ، ولو عالج الأول ثم علم عيبا آخر فله رده اه .

قلت : بقى مالو اطلع على العيب بعد الشراء ولم يكن قد برئ البائع منه فداواه ثم اطلع على عيب آخر . وظاهر كلام الشارح أنه يرده وهو الظاهر ، كما لو رضى بالأول صريحا ثم رأى الآخر ، إذ قد يرضى بعيب دون عيب أو بعيب واحد لا بعيبين تأمل : ثم رأيت فى الذخيرة عن المنتقى عن أبى يوسف : وجد بالجارية عيبا

مالم ينقصه برجندى ، وكذا كل مفيد رضا بعد العلم بالعيب يمنع الرد والأرش ،ومنه العرض على البيع إلا الدراهم إذا وجدها زيوفا فعرضها على البيع فليس برضا ؛

فداواها ، فإن كان ذلك دواء من ذلك العيب فهو رضا وإلا فلا إلا أن ينقصها اه (قوله مالم ينقصه) كما إذا داوى يده الموجوعة فشلت أو عينه من بياض بها فاعورّت فإنه يمتنع رده بعيب آخر لما حدث فيه من النقص عند المشترى ط .

مطلب فيما يكون رضا بالعيب ويمنع الرد

(قوله بعد العلم بالعيب) أى علمه بكون ذلك عيبا : ففى الخانية : لو رأى بالأمة قرحة ولم يعلم أنها عيب فشراها ثم علم أنها عيب له ردها لأنه مما يشتبه على الناس فلا يثبت الرضا بالعيب اه : وقدمنا أنه لو كان مما لايشتبه على الناس كونه عيبا ليس له الرد : وفى نور العين عن المنية قال البائع بعد تمام البيع قبل القبض تعيبَ المبيع فاتهمه المشترى فى إخباره ويقول إن غرضه أن أرد عليه فقبضه المشترى لا يكون رضا بالعيب ولا تصرفه إذا لم يصدقه ، لكن الاحتياط أن يقول له لا أعلم بذلك وأنا لا أرضى بالعيب ، فلو ظهر عندى أرده عليك اه (قوله والأرش) أى نقصان العيب (قوله ومنه العرض على البيع) ولو بأمر البائع ، بأن قال له اعرضه على البيع ، فإن لم يشتر منك رده علىّ ، ولو طلب من البائع الإقالة فأبى فليس بعرض فله الرد ، ولو عرض بعض المبيع على البيع أو قال رضيت ببعضه بطل خيار الرؤية وخيار العيب جامع الفصولين ،وقدمنا عن الذخيرة أن قبض المبيع بعد العلم بالعيب رضا بالعيب : وفى جامع الفصولين : قبض بعضه رضا ثم نقل ليس برضا حتى يسقط خياره عند أبى يوسف اه .

قلت : وهذا فى غير المثلى ، لما فى البحر عن البزازية : لو عرض نصف الطعام على البيع لزمه النصف ويرد النصف كالبيع اه وسيذكر الشارح الكلام فى الاستخدام :

[تتمة] نقل فى البحر : من جملة مايدل على الرضا بالعيب بعد العلم به الإجارة والعرض عليها والمطالبة بالغلة والرهن والكتابة ، أما لو آجره ثم علم بالعيب فله نقضها للعذر ويرده ، بخلاف الرهن فلا يرده إلا بعد الفكاك ، ومنه إرسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها وحلب لبنها أو شربه ، وهل يرجع بالنقصان ؟ قولان ، وابتداء سكنى الدار لا الدوام عليها ، وسقى الأرض وزراعتها ، وكسح الكرم ، والبيع كلا أو بعضا ، والإعتاق ، والهبة ولو بلاتسليم لأنها أقوى من العرض ، ودفع باقى الثمن ، وجمع غلات الضيعة ،وكذا تركها لأنه تضييع ،وليس منه أكل ثمر الشجر وغلة القن والدار وإرضاع الأمة ولد المشترى ، وضرب العبد إن لم يؤثر الضرب فيه اه ملخصا .

وفى الذخيرة إذا أطلاه (١) بعد رؤية العيب أو حجمه أو جز رأسه فليس برضا ثم ذكر تفصيلا فى الحجامة بين كونها دواء لذلك العيب فهو رضا وإلا فلا : وفيها : أمر رجلا ببيعه ثم علم أن به عيبا ، فإن باعه الوكيل بحضرة الموكل ولم يقل شيئا فهو رضا بالعيب (قوله إلا الدراهم الخ) ذكر المسألة فى الذخيرة وجامع الفصولين وغيرهما ، وسيذكرها الشارح فى آخر متفرقات البيوع عن الملتقط . ثم إنه ينبغى أن يذكر هنا أيضا ما امتنع رده قبل البيع بزيادة ونحوها ، كما لولت السويق أو خاط الثوب ثم اطلع على عيب ثم باعه فإن بيعه بعد رؤية العيب لا يكون رضا وله الرجوع بنقصانه كما مر ، فكذا لو عرضه على البيع بالأولى (قوله فليس برضا) فلا يمنع الرد

(١) (قوله إذا أطلاه) هكذا بخطه بالألف ، ولعل صوابه طلاه بدونها كما يستفاد من القاموس والمصباح اه مصححه.

كعرض ثوب على خياط لينظر أيكفيه أم لا ، أو عرضه على المقومين ليقوم ؛ ولو قال له البائع أتبيعه قال نعم لزم ؛ ولو قال لا لا ، لأن نعم عرض على البيع ولا تقرير لملكه بزازية (لا) يكون رضا (الركوب للرد) على البائع (أو لشراء العلف) لها (أو للسقى و) الحال أن المشترى (لابد له منه) أى الركوب لعجز أو صعوبة ، وهل هو قيد للأخيرين أو للثلاثة ؟ استظهر البرجندى الثانى واعتمده المصنف تبعا للدرر والبحر والشمنى وغيرهم الأول ؛ ولو قال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشترى بل لاردها فالقول للمشترى بحر . وفى الفتح : وجد بها عيبا فى السفر فحملها فهو عذر ؛

على المشترى لأن ردها لكونها خلاف حقه لأن حقه فى الجياد فلم تدخل الزيوف فى ملكه ، بخلاف المبيع العين فإنه ملكه. فالعرض رضا بعيبه بحر ، ومثل ذلك مالو باعها ثم ردت عليه بلا قضاء فله ردها على بائعه كما قدمه الشارح عندقوله باع ما اشتراه الخ ،وقدمنا تمام الكلام على ذلك (قوله كعرض ثوب الخ) محترز قوله على البيع والتشبيه فى عدم الرضا (قوله قال نعم) الأولى فقال نعم عطفا على قال الأول (قوله لزم) جواب لو أى لزم البيع ولا يمكنه رده بالعيب : قال فى نور العين : وهذه تصلح حيلة من البائع لإسقاط خيار العيب عن مشتريه (قوله ولا تقرير لملكه) لفظ لا مبتدأ وتقرير خبره والضمير فى ملكه للبائع كأنه يقول لا أبيعه لكونه ملكك لأنى أرده عليك . وفى البزازية : وينبغى أن يقول بدل قوله نعم الخ يريد بذلك تنبيه المشترى على لفظ يتمكن به من الرد وهو لفظ لا ويحذره من مانع الرد وهو نعم ط . وبه اندفع توقف المحشى فى هذه العبارة ، وكأنه فهم أن قوله وينبغى أن يقول الخ :أى يقول الناقل لحكم المسألة فيصير المعنى ولو قال له البائع أتبيعه فقال لا لزم فينافى ما ذكره الشارح ، وليس كذلك بل ضمير يقول للمشترى : أى ينبغى للمشترى أن يقول لا بدل قوله نعم لئلا يلزم البيع فيكون تحذيرا للمشترى فافهم. ثم إن الذى رأيته فى البزازية وغالب نسخ البحر نقلا عنها ولا تقرير لمكنته : أى تمكنه من الرد على البائع وعليه فالضمير للمشترى (قوله الركوب للرد على البائع) وكذا لو ركبه ليرده فعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد بحر عن جامع الفصولين : أى له رده بعد ذلك إذا وجد بينة على كون العيب قديما ، لأن ركوبه بعد العجز ليس دليل الرضا (قوله أو لشراء العلف لها) فلو ركبها لعلف دابة أخرى فهو رضا كما فى الذخيرة (قوله لعجز أو صعوبة) أى لعجزه عن المشى أو صعوبة الدابة بكونها لا تنقاد معه (قوله وهل هو) أى قوله ولا بد له منه (قوله واعتمده المصنف الخ) الذى فى شرح المصنف والدرر والشمنى والبحر جعله قيدا للأخيرين فقط ، ولكن فى كثير من النسخ : واعتمد المصنف بلا ضمير وهى الصواب ، فقوله وغيرهم بالجر عطفا على مجرور اللام فى قوله تبعا للدرر الخ ، وقوله الأول بالنصب مفعول اعتمده أما على نسخة اعتمده بالضمير يكون قوله وغيرهم مرفوعا والتقدير واعتمد غيرهم الأول ، ومشى فى الفتح على الأول. وفى الذخيرة على الثانى قال : ويدل له ما ذكره محمد فى السير الكبير أن جوالق العلف لو كان واحدا فركب لايكون رضا لأنه لا يمكن حمله إلا بالركوب ، بخلاف ما إذا كان اثنين اه لكن قال فى الفتح : إن العذر المذكور فى السقى يجرى فيما إذا كان العلف فى عدلين فلا ينبغى إطلاق امتناع الرد فيه اه . وبقى قول ثالث هو ظاهر الكنز أنه غير قيد فى الثلاثة ، وظاهر الزيلعى اعتماده حيث عبر عن القولين بقيل. وفى الشرنبلالية عن المواهب : الركوب للرد أو للسقى أو لشراء العلف لا يكون رضا مطلقا فى الأظهر اه فافهم (قوله فالقول للمشترى) لأن الظاهر يشهد له ط ، وكذا لو قال ركبتها للسقى بلا حاجة لأنها تنقاد وهى ذلول ينبغى أن يسمع قول المشترى ، لأن الظاهر أن مسوغ الركوب بلا إبطال الرد هو خوف المشترى من شىء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة ، والناس يختلفون فى تخيل أسباب الخوف ، فرب رجل لا يخطر بخاطره شىء من تلك الأسباب وآخر بخلافه كذا فى الفتح (قوله فهو عذر) قال فى الشرنبلالية

(اختلفا بعد التقابض فى عدد المبيع) أو أحد أو متعدد ليتوزع الثمن على تقدير الرد (أو فى) عدد (المقبوض فالقول للمشترى) لأنه قابض والقول للقابض مطلقا قدرا أو صفة أو تعينا ،

بعد نقله : ويخالفه ما فى البزازية : لو حمل عليه فاطلع على عيب فى الطريق ولم يجد ما يحمله عليه ولو ألقاه فى الطريق يتلف لايتمكن من الرد ، وقيل يتمكن قياسا على ما إذا حمل عليه علفه :

قلت : الفرق واضح ، ، فإن علفه مما يقومه ، إذ لولاه لا يبقى ولا كذلك العدل فكان من ضرورة الرد اه ما فى البزازية ، وهذا يفيد أن مافى الفتح ضعيف اه ط .

قلت : وذكر الفرق أيضا فى جامع الفصولين ، ويؤيده ما فى الذخيرة عن السير الكبير اشترى دابة فى دار الإسلام وغزا عليها فوجد بها عيبا فى دار الحرب ينبغى له أن لا يركبها ، لأن الركوب بعد العلم بالعيب رضا منه فلا يتمكن من ردها فليحترز منه وإن لم يجد دابة غيرها ، لأن العذر الذى له غير معتبر فيما يرجع إلى البائع والركوب لحاجته دليل الرضا اه ملخصا :

وحاصله أن الركوب دليل الرضا وإن كان لعذر ، لأن عذره ألزمه الرضا بالعيب لأنه يعتبر فى حق البائع ؛ وأنت خبير بأن هذا مخالف للقول الثالث الذى اعتمده الزيلعى وغيره كما قدمناه آنفا : وقد يجاب بأن العذر فى ركوبها للسقى والعلف إنما هو الحق البائع إذ فيه حياتها بخلاف العذر فى مسألة السير الكبير والتى قبلها .

مطلب مهم فى اختلاف البائع والمشترى فى عدد المقبوض أو قدره أو صفته

(قوله اختلفا بعد التقابض الخ) أى لو اشترى جارية مثلا فقبضها وأقبض الثمن ثم جاء ليردها بعيب واعترف به البائع إلا أنه قال بعتك هذه وأخرى معها فلك على رد حصة هذه فقط من الثمن لا كله وقال المشترى بعتنيها وحدها فاردد كل الثمن ولا بينة لهما فالقول للمشترى لأنه قابض ينكر زيادة يدعيها البائع ، ولأن البيع انفسخ فى المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عنه والبائع يدعى بعض الثمن بعد ظهور سبب السقوط والمشترى ينكر ، وتمامه فى الفتح (قوله ليتوزع الثمن الخ) علة لدعوى البائع وبيان لفائدتها على تقدير الرد : أى رد الثمن لأنه على دعواه يلزمه رد بعضه كما قررناه (قوله أو فى عدد المقبوض) أى بأن اتفقا على مقدار المبيع أنه الجاريتان وقبض البائع ثمنها ثم جاء المشترى ليرد إحداهما فقال البائع قبضتهما وإنما تستحق حصة هذه وقال المشترى لم أقبض سواها (قوله والقول للقابض) وتقبل بينته لإسقاط اليمين عنه كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك وأقام بينة تقبل مع أن القول قوله والبينة لإسقاط اليمين مقبولة كذا فى الذخيرة ، من باب الصرف بحر (قوله مطلقا) فسره مابعده (قوله قدرا) أى قدر المبيع أو المقبوض كما مر ، ومنه ما فى النهر عن صلح الخلاصة : لو قال المشترى بعد قبض المبيع وزونا وجدته ناقصا إلا إذا سبق منه إقرار بقبض مقدار معين (قوله أو صفة) تبع فى ذلك البحر عن العمادية : ويخالفه ما فى الظهيرية حيث قال : وإن اختلفا فى وصف من أوصاف المبيع فقال المشترى اشتريت منك هذا العبد على أنه كاتب أو خباز وقال البائع لم أشترط شيئا فالقول للبائع ولا يتحالفان اه ومثله فى الذخيرة والتتارخانية وفى فتاوى قارئ الهداية : اختلفا فى وصف المبيع فقال المشترى ذكرت لى أن هذه السلعة شامية فقال البائع ما قلت إلا أنها بلدية . أجاب القول للبائع بيمينه لأنه ينكر حق الفسخ والبينة للمشترى لأنه مدع اه : وفى النهر عن الظهيرية : اشترى عبدين أحدهما بألف حالة والآخر بألف إلى سنة صفقة أو صفقتين فرد أحدهما بعيب ثم اختلفا فقال البائع رددت مؤجل الثمن وقال المشترى بل معجل فالقول للبائع سواء هلك مافى يد المشترى أولا ولا تخالف اه

فلو جاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشترى فى تعيينه ، ولو جاء ليرده بخيار عيب فالقول للبائع ، كما لو اختلفا فى طول المبيع وعرضه فتح .
(اشترى عبدين) أى شيئين ينتفع بأحدهما وحده

ويؤيده قوله الآتى كما لو اختلفا فى طول المبيع وعرضه على خلاف ما فى النهر كما تعرفه فافهم (قوله فاوجاء ليرده الخ) تفريع على قوله تعيينا ؛ ومثله ما فى البحر وغيره : لو اختلفا فى الرق فالقول للمشترى (قوله فالقول للبائع) والفرق أن المشترى فى خيار الشرط والرؤية ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف ، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا فى المقبوض فالقول فيه قول القابض ، بخلاف الفسخ بالعيب(١) لاينفرد المشترى بفسخه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ فى الذى أحضره والبائع ينكره ، كذا فى الفتح من آخر خيار الرؤية .

قلت : ومقتضى هذا التعليل أنه لو كان البيع فاسدا يكون القول فى تعيين المبيع للمشترى ؛ لأن العقد ينفسخ بفسخه بلا توقف على رضا الآخر وهى واقعة الفتوى (قوله كما لو اختلفا فى طول المبيع وعرضه) لم أر هذا فى الفتح وإنما ذكر المسألة التى قبله مع الفرق الذى نقلناه عنه ، نعم ذكره فى البحر عن الظهيرية مصرحا بأن القول للبائع .

قلت : وهو الذى رأيته فى الظهيرية ومنتخبها لنعيني وكذا فى الذخيرة والتتارخانية ، فما نقله فى النهر عن الظهيرية من أن القول للمشترى تحريف أو سبق قلم فافهم ونص الظهيرية : ابن سماعة عن محمد : رجل باع من آخر ثوبا مرويا فقبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا فقال البائع بعته على أنه ست فى سبع وقال المشترى اشتريته على أنه سبع فى ثمان فالقول قول البائع مع يمينه اه .

[تتمة] قال بعتها وبها قرحة فى موضع كذا فجاء المشترى ليردها بقرحة فى ذلك فأنكر البائع أنها هذه القرحة بل القرحة برئت وهذه غيرها فالقول للمشترى .

والحاصل أن البائع إذا نسب العيب إلى موضع وسماه فالقول للمشترى ، وإن ذكره مطلقا فالقول للبائع ، وتمامه فى الذخيرة .

[خاتمة] باع ألف رطل من القطن ثم ادعى أنه لم يكن فى ملكه يوم البيع قطن وعنده يوم الخصومة ألف رطل من القطن يقول أصبته بعد البيع كان القول قوله بيمينه كما فى الخانية (قوله اشترى عبدين الخ) اعلم أن المبيع لا يخلو من كونه شيئا واحدا أو شيئين كواحد حكما من حيث لا يقوم أحدهما بلا صاحبه كمصراعى باب وزوجى خف أو شيئين بلا اتحاد حكما كثوبين وعبدين .

ثم الحادث فى المبيع نوعان : عيب واستحقاق ، والأحوال ثلاثة : قبل القبض ، وبعده ، وبعد قبض بعضه فقط : أما لو وجد فى بعضه عيبا قبل قبض كله وكان العيب موجودا وقت البيع أو حدث بعده قبل قبضه فالمشترى مخير بين أخذ الكل بثمنه أو رد كله لا المعيب وحده بحصته من الثمن ، وكذا ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة إلا إذا تراضيا على رد المعيب فقط وأخذ الباقى بحصته من الثمن فلهما ذلك ، إذ الصفقة لا تتم قبل القبض بدليل انفساخ البيع برده بلا رضا ولا قضاء ؛ ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه أو فيما بقى عيبا فحكمه حكم الفصل الأول

---

(١) (قوله بخلاف الفسخ بالعيب الخ) قال شيخنا : ومقتضاه أيضا أن يكون القول للمشترى إذا حصل الاختلاف بعد اتفاقهم على الفسخ فى مسألة خيار العيب اه .

صفقة واحدة (وقبض أحدهما ووجد) به أو (بالآخر عيبا) لم يعلم به إلا بعد القبض (أخذهما أو ردهما، ولو قبضهما رد المعيب) بحصته سالما (وحده) لجواز التفريق بعد التمام (كما لو قبض كيليا أو وزنيا) أو زوجى خف ونحوه كزوجى ثور ألف أحدهما الآخر بحيث لايعمل بدونه (ووجد ببعضه عيبا فإن له رد كله أوأخذه)

فى كل ما مر ، إذ الصفقة لا تتم بعد سواء كان المبيع واحدا أو أشياء ؛ ولو قبض كله فوجد ببعضه عيبا قديما أو حادثا بين شرائه وقبضه ، فإن كان المبيع واحدا كدار وكرم وأرض وثوب أو كيليا أو وزنيا فى وعاء واحد أو صبرة واحدة أو شيئين كشىء واحد حكما يخير بين أخذ كله ورد كله دون رد بعضه فقط ، إذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك فى الأعيان ، وإن كان شيئين أو أكثر بلا اتحاد حكما كثياب وعبيد أو كيليا أو وزنيا فى أوعية مختلفة فللمشترى الرضا به بكل ثمنه أو رد المعيب فقط لا يرد كله إلا بتراضى ، ولا يرد المعيب إلا برضا أو قضاء إذ الصفقة تمت فيصح تفريقها فيرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب ، إذ المبيع المعيب دخل فى البيع سالما ، وفى خيار شرط ورؤية ليس له رد بعضه فقط وإن قبض الكل لأنهما يمنعان تمام الصفقة فهى قبل تمامها لا تحتمل التفريق ، وإنما قلنا إنه يمنع تمام الصفقة لأنه يرد بلا قضاء ولا رضا ، ولو قبض الكل ومتى عجز عن رد البعض لزمه الكل سواء كان المبيع واحدا أو أكثر جامع الفصولين عن شرح الطحاوى ، ثم ذكر بعد ذلك مسائل الاستحقاق وقد مرت .

والحاصل: أنه لو وجد العيب قبل قبض شىء من المبيع أو بعد قبض البعض فقط فليس له رد المعيب وحده بلا رضا البائع ، وكذا لو بعد قبض الكل إلا إذا كان متعددا غير متحد حكما كثوبين وطعام فى وعاءين على ما ذكرنا ، بخلاف ما لو كان فى وعاء واحد فإنه بمنزلة المبيع الواحد وهذا ظاهر لو كان الطعام كله باقيا ، فلو باع بعضه أو أكل بعضه فقدمنا فى هذا الباب أن المفتى به قول محمد أن له أن يرد الباقى ويرجع بنقصان ما أكل لا ماباع ، ومر بيانه هناك (قوله صفقة واحدة) منصوب على أنه حال من فاعل اشترى لتأوله بالمشتق : أى صافقا بمعنى عاقدا أو على نزع الخافض : أى بصفقة أى عقد ، واحترز به عما لو كان كل منهما بعقد على حدة فهو من قسم ما لو كان المبيع واحدا وقد علمته (قوله وقبض أحدهما) وكذا لو لم يقبضهما كما مر (قوله رد المعيب) احتراز عما فيه خيار شرط أو رؤية كما مر (قوله لم يعلم به إلا بعد القبض) هذا لايناسب إلا ما إذا وجد العيب فى المقبوض كما لا يخفى اهـ ح .

قلت : بل هو فى غاية الخفاء لأن كلام الشارح يصدق على ما إذا قبض السليم ولم يعلم بعيب الآخر إلا بعد قبض المقبوض ، ولذا قال فى البحر : قيد بتراخى ظهور العيب عن القبض لأنه لو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض فإن قبض المعيب منهما لزماه ، أما المعيب فلوجود الرضا به ؛ وأما الآخر فلأنه لاعيب به ، ولو قبض السليم منهما أو كانا معيبين وقبض أحدهما له ردهما جميعا لأنه لايمكن إلزام البيع فى المقبوض دون الآمر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ، ولا يمكن إسقاط حقه فى غير المقبوض لأنه لم يرض به ، كذا فى المحيط فافهم (قوله كما لو قبض الخ) تشبيه بقوله أخذهما أو ردهما ، والأولى عدم التقييد هنا بالقبض كما فى الكنز ليشمل ما قبل القبض : قال فى البحر : وما وقع فى الهداية من أن المراد بعد القبض فإنما هو ليقع الفرق بين القيميات والمثليات اهـ فإن القيميات كعبدين له رد المعيب منهما بعد قبضهما ، بخلاف المثليات كطعام فى وعاء ، أما قبل القبض فليس له رد المعيب فى الكل ، لكن هذا الاعتذار لا يتأتى فى عبارة المصنف حيث أتى بكاف التشبيه (قوله ونحوه) أى من كل شيئين لاينتفع بأحدهما بدون الآخر ، وله أحكام ذكرها فى البحر عن المحيط فراجعه (قوله فإن له رد كله أو أخذه)

بعيبه لأنه كشيء واحد ولو فى وعاءين على الأظهر عناية وهو الأصح برهان .

(اشترى جارية فوطئها أو قبلها أو مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا) ولو ثيبا خلافا للشافعي وأحمد. ولنا أنه استوفى ماءها وهو جزؤها ؛ ولو الواطئ زوجها ، إن ثيبا ردها ، وإن بكرا لا بحر (ورجع بالنقصان) لامتناع الرد .

أى دون أخذ المعيب وحده ، وهذا تصريح بما تضمنه التشبيه ، وعلمت أن هذا لو كان كله باقيا ، بخلاف ما لو باع البعض أو أكله (قوله ولو فى وعاءين) أى إذا كانا من جنس واحد كتمر برنى أو صيحانى أو لبانة أو حنطة صعيدية أو بحرية فإنهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين ، كذا حرره فى فتح القدير (قوله على الأظهر) وقيل إذا كان فى وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده زيلعى ، وقدمنا عن العلامة قاسم أن هذا القول أرفق وأقيس اه ولذا مشى عليه فى شرح الطحاوى كما علمته آنفا (قوله أو قبلها أو مسها بشهوة) قال فى البزازية ، قال التمرتاشي : قول السرخسى التقبيل بشهوة يمنع الرد محمول على ما بعد العلم بالعيب شرنبلالية .

قلت : يخالف هذا الحمل ما فى الذخيرة : وإذا وطئها ثم اطلع على عيب لم يردها ويرجع بالنقصان سواء كانت بكرا أو ثيبا إلا أن يقبلها البائع كذلك ، وكذا إذا كان قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة ، فإن وطئها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة بعد علمه بالعيب فهو رضا بالعيب فلا رد ولا رجوع بنقصان اه . وكذا ما فى الخانية : لو قبضها فوطئها أو قبلها بشهوة ثم وجد بها عيبا لا يردها بل يرجع بنقصان العيب الخ ، ولا يرد قوله الآتى لأنه استوفى ماءها لأن دواعى الوطء تأخذ حكمه فى مواضع كما فى حرمة المصاهرة فافهم (قوله ولنا أنه استوفى ماءها وهو جزؤها) أى فإذا ردها صار كأنه أمسك بعضها شرح المجمع : وعلل فى شرح درر البحار (١) بأن الرد بعيب فسخ العقد من أصله فيكون وطؤه فى غير مماوكة له فيكون عيبا يمنع الرد وهذا فى الثيب ؛ فالبكر يمتنع ردها بالعيب اتفاقا اه .

قلت : وهذا التعليل أظهر لأنه يشمل دواعى الوطء (قوله ولو الواطئ زوجها) أى الزوج الذى كان من عند البائع . أما لو زوجها المشترى لم يكن له ردها وطئها أولا وإن رضى بها البائع لحصول الزيادة المنفصلة وهى المهر وأنها تمنع الرد كما مر (٢) كما لو وطئها أجنبى بشبهة فى يد المشترى لو جوب العقر على الواطئ ، بخلاف ما لو زنى بها فلا رد ويرجع بالنقصان إلا أن يرضى بها البائع كذلك لأنها تعيبت بعيب الزنا ، كذا فى الذخيرة (قوله إن ثيبا ردها) أى إذا لم ينقصها الوطء وكان الزوج وطئها عند البائع أيضا ، أما إذا لم يكن وطئها إلا عند المشترى لم يذكره محمد فى الأصل : واختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنه يردها ذخيرة (قوله ورجع بالنقصان) كذا

---

(١) (قوله وعلل فى شرح درر البحار الخ) فى هذا التعليل نظر ، فإن الرد بالعيب فسخ فيما يستقبل من الأحكام لا فى الماضى منها كما صرح به المحشى فيما كتبه على الفروع آخر الباب عند قول الشارح رد المبيع بعيب بقضاء وفسخ ، وحينئذ فيكون الوطء فى الملك فلا يكون عيبا .

(٢) (قوله وأنها تمنع الرد كما مر الخ) الذى مر له فى التنبيه الذى ذكره فى خيار الشرط عند قول المصنف ويخرج عن ملكه بخيار المشترى فيهلك بيده بالثمن كبقية الزيادة المنفصلة الغير المتولدة لا تمنع الرد . وذكر فى خيار العيب عن البحر عند قول الشارح : ولو الرد برضا البائع إلا لعيب أو زيادة أنها لا تمنع الرد مطلقا : يعنى قبل القبض أو بعده ، وقوله كما لو وطئها أجنبى الخ مبنى على ما فهمه فى عبارة منلا مسكين التى نقلها فى خيار الشرط ونقلنا هناك عن شيخنا تخطئته فيها . ثم قال شيخنا فى تقرير هذا المحل : إن العقر من الزيادة المتولدة وهى تمنع الرد ، وضعف ما نقله المحشى فى التنبيه السابق عن التتارخانية من عده من الزيادة الغير المتولدة ، وصحح ما هنا أن عبارات المشايخ مصرحة بأنه من الزيادة المتولدة ، قال لأنه فى مقابلة مائها وهى جزء حقيقة ، والبدل حكم المبدل اه .

وفى المنظومة المحبية : لو شرط بكارتها فبانت ثيبا لم يردها بل يرجع بأربعين درهما نقصان هذا العيب . وفى الحاوى والملتقط : الثيوبة ليست بعيب إلا إذا شرط البكارة فيردها لعدم المشروط (إلا إذا قبلها البائع) لأن الامتناع لحقه فإذا رضى زال الامتناع (ويعود الرد بالعيب القديم بعد زوال) العيب (الحادث) لعود الممنوع بزوال المانع درر ، فيردّ المبيع مع النقصان

فى الدرر ، ومثله فى البحر عن الظهيرية عند قول الكنز : ومن اشترى ثوبا فقطعه الخ وعزاه فى الشرنبلالية إلى البدائع وغيرها ، ومثله أيضا ما ذكرناه آنفا عن الذخيرة والخانية :

وفى كافى الحاكم : وطئها المشترى ثم وجد بها عيبا لا يردها به ، ولكن تقوّم وبها العيب ، وتقوم وليس بها عيب ، فإن كان العيب ينقصها العشر يرجع بعشر الثمن اهـ ملخصا :

وقال فى الخلاصة : وفى الأصل : رجل اشترى جارية ولم يبرأ من عيوبها فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يملك ردها سواء كانت بكرا أو ثيبا نقصها الوطء أولا ، بخلاف الاستخدام ، وكذا لو قبلها أو لمسها بشهوة ويرجع بالنقصان إلا أن يقول البائع أنا أقبلها اهـ فهذا نص المذهب :

مطلب الأصل للإمام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافى الحاكم

جمع فيه كتب ظاهر الرواية

فإن الأصل للإمام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافى الحاكم جمع فيه كتب ظاهر الرواية للإمام كما ذكره فى الفتح والبحر فى مواضع متعددة ، وبه سقط ما فى الشرنبلالية حيث قال : وفى البزازية ما يخالفه حيث جوز الرجوع بالنقص مع المس والنظر ومنعه مع الوطء اهـ .

قلت : وسقط به أيضا ما فى البزازية أيضا من أن وطء الثيب يمنع الرد والرجوع بالنقصان وكذا التقبيل والمس بشهوة قبل العلم بالعيب وبعده ، وكذا ما يأتى قريبا عن الخانية فافهم (قوله فبانت ثيبا) أى بوطء المشترى .وفى الخانية من أول فصل العيوب : ولو اشترى جارية على أنها بكر ، ثم قال هى ثيب يريها القاضى النساء ، إن قلن بكر كان القول للبائع بلا يمين ، وإن قلن ثيب فالقول للمشترى بيمينه ، وإن وطئها المشترى : فإن زايلها كما علم أنها ليست بكرا بلا لبث وإلا لزمته هكذا ذكر الشيخ أبو القاسم اهـ ومشى الشارح على هذا التفصيل فى خيار الشرط عند قول المصنف وتم العقد بموته الخ ، لكن علمت نص المذهب، ولهذا ذكر فى القنية التفصيل المذكور عن أبى القاسم ثم رمز لكتاب آخر الوطء يمنع الرد وهو المذهب اهـ (قوله بل يرجع بأربعين درهما) فيه أن هذا العيب قد ينقص القيمة أقل من هذا القدر ، وقد ينقصها أكثر منه فما وجه هذا التعيين ط .

قلت : قد يجاب بأن نقصان الثيوبة كان كذلك فى زمانهم (قوله الثيوبة ليست بعيوب الخ) لأنه ليس الغالب عدمها فصارت كما لو شرى دابة فوجدها كبيرة السن كما حققناه أول الباب ، نعم لو شرط البكارة ولم توجد كان له الرد لأنه من باب فوات الوصف المرغوب ، كما لو شرى العبد على أنه كاتب أو خباز ، وهذا لو وجدها ثيبا بغير الوطء وإلا فالوطء يمنع الرد ، ولو نزع بلا لبث على المذهب كما علمت فافهم (قوله إلا إذا قبلها البائع) أى رضى أن يأخذها بعد ما وطئها المشترى ، وهذا استثناء من قوله ورجع بالنقصان (قوله ويعود الرد الخ) محل هذه الجملة عند قول المصنف سابقا حدث عيب آخر عند المشترى رجع بنقصانه ط (قوله لعود الممنوع) أشار به إلى أن الرد لم يسقط وإنما منع منه مانع ، إذ لو كان ساقطا لما عاد ط (قوله مع النقصان) أى الذى رجع به المشترى

على الراجح نهر :

(ظهر عيب بمشرى) البائع (الغائب) وأثبته (عند القاضى فوضعه عند عدل) فإذا هلك (هلك على المشترى إلا إذا قضى) القاضى (بالرد على بائعه) لأن القضاء على الغائب بلا خصم ينفذ على الأظهر درر :

(قتل) العبد (المقبوض أو قطع بسبب) كان (عند البائع) كقتل أو ردة (رد المقطوع) أو أمسكه ورجع بنصف ثمنه مجمع (وأخذ ثمنهما) أى ثمن المقطوع والمقتول ؛ ولو تداولته الأيدى فقطع عند الأخير أو قتل رجع الباعة بعضهم على بعض ، وإن علموا بذلك لكونه كالاستحقاق لا كالعيب خلافا لهما

على البائع حين كان الرد ممنوعا ط (قوله على الراجح) بناء على أنه من زوال المانع ، وقيل لا يرد لأن الرد يسقط والساقط لا يعود ، وقيل إن كان بدل النقصان قائما ثبت له الرد وإلا لا ط (قوله بمشرى البائع) الإضافة على معنى من : أى بمشرى منه (قوله وأثبته) أى المشترى (قوله فوضعه) أى القاضى عند عدل : أى عند أمين يحفظه لبائعه . وفى حاشية البحر للرملى : وقد سئلت عن نفقة الدابة وهى عند العدل على من تكون فأجبت أخذا مما فى الذخيرة فى آخر النفقات أنه لا يفرض القاضى لها على أحد نفقة لأن الدابة ليست من أهل الاستحقاق والمشترى هو المالك والمالك يفتى عليه ديانة بأن ينفق عليها ولا يجبره القاضى (قوله ينفذ على الأظهر) أى لو كان القاضى يرى ذلك كشافعى ونحوه ، بخلاف الحنفى كما حرره فى البحر ، وقدمناه فى كتاب المفقود : وسيأتى تمامه فى القضا إن شاء الله تعالى (قوله قتل العبد المقبوض أو قطع) قيد بكونه مقبوضا ، لأنه لو قتل بعد البيع فى يد البائع رجع المشترى بكل الثمن كما هو ظاهر ، ولو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشترى بسبب القطع قال فى البحر يرجع بالنقصان اتفاقا ، وقيد بالقطع لأنه لو اشتراه مريضا فمات عند المشترى بسبب القطع قال فى البحر يرجع بالنقصان اتفاقا وقيد بالقطع لأنه لو اشتراه مريضا فمات عند المشترى أو عبدا زنى عند البائع فجلد عند المشترى فمات رجع بالنقصان اتفاقا أيضا ، وتمامه فى البحر (قوله بسبب كان عند البائع) أى فقط ، أما لو سرق عندهما فقطع بالسرقتين ، فعندهما يرجع بنقصان السرقة الأولى . وعنده لا يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث وهو السرقة الثانية ، فإن رضيه رده المشترى ورجع بثلاثة أرباع الثمن وإلا أمسكه ورجع بربعه لأن اليد من الآدمى نصفه وقد تلفت بالسرقتين فيتوزع نصف الثمن بينهما فيسقط ما أصاب المشترى ويرجع بالباقى ، وتمامه فى الفتح ، وقدم الشارح هذه المسألة عن العينى أول الباب (قوله كقتل أو ردة) أى كما لو قتل العبد رجلا عمدا أو ارتد . والأولى أن يقول كقتل وسرقة ليكون بيانا لسبب القتل والقطع (قوله رد المقطوع وأخذ ثمنهما) قال فى المبسوط : فان مات من ذلك القطع قبل أن يرده لم يرجع إلا بنصف الثمن فتح (قوله أو أمسكه) الأولى تأخيره عن قوله وأخذ ثمنهما ، بأن يقول وله أن يمسك المقطوع ويرجع بنصف ثمنه ط (قوله مجمع) عبارته : ولو وجد العبد مباح الدم فقتل عنده فله كل الثمن ، ولو قطع بسرقة فهو مخير ، إن شاء رد واسترد أو أمسك واسترد النصف وقالا يرجع بالنقصان فيهما ، ولا يخفى أنها أحسن من عبارة المصنف (قوله رجع الباعة بعضهم على بعض) أى بكل الثمن كما فى الاستحقاق عند أبى حنيفة لأنه أجراه مجرى الاستحقاق ، وهذا إن اختار الرد ، فإن أمسكه يرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن: وعندهما يرجع الأخير بالنقصان على بائعه ، ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب . أما رجوع الأخير فلأنه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع وأما بائعه فلا يرجع لأنه بالبيع صار حابسا له مع إمكان الرد وقد علمت أن بيع المشترى للمعيب حبس للمبيع سواء علم أولا فلا يمكنه الرد بعد ذلك فتح (قوله لكونه كالاستحقاق) والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع بحر ه

(وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب وإن لم يسم) خلافا للشافعى لأن البراءة عن الحقوق المجهولة لايصح عنده، ويصح عندنا لعدم إفضائه إلى المنازعة (ويدخل فيه الموجود والحادث) بعد العقد (قبل القبض فلا يرد بعيب) وخصه مالك ومحمد بالموجود كقوله من كل عيب به ؛ ولو قال مما يحدث صح عند الثانى وفسد عند الثالث نهر .

مطلب فى البيع بشرط البراءة من كل عيب

(قوله وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب) بأن قال بعتك هذا العبد على أنى برئ من كل عيب ووقع فى العينى لفظ فيه وهو سهو لما يأتى نهر :

قلت : ولا خصوصية لهذا اللفظ ، بل مثله كل مايؤدى معناه :

مطلب باعه على أنه كوم تراب أو حراق على الزناد أو حاضر حلال

ومنه ماتعورف فى زماننا فيما إذا باع دارا مثلا فيقول بعتك هذه الدار على أنها كوم تراب ، وفى بيع الدابة يقول مكسرة محطمة ، وفى نحو الثوب يقول حراق على الزناد ويريدون بذلك أنه مشتمل على جميع العيوب فإذا رضيه المشترى لاخيار له لأنه قبله بكل عيب يظهر فيه ، وكذلك قوله بعته على أنه حاضر حلال ويراد بيع هذا الحاضر بما فيه من أى عيب كان سوى عيب الاستحقاق : أى لو ظهر غير حلال أى مسروقا أو مغصوبا يرجع عليه المشترى فهذا كله بمعنى البراءة من كل عيب : ونظيره مافى البحر : لو قبل الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو اهـ أى لو كان فيه خرق لايرده ، وكذا لو وجده مرقوعا أو مرفوا ، وهو من باب رفوت الثوب رفوا من باب قتل : أى أصلحته ثم رأيت بعض المحشين ذكر أن العلامة إبراهيم البيرى سئل عمن باع أمة وقال أبيعك الحاضر المنظور يريد بذلك جميع العيوب : فأجاب ليس للمشترى رد الأمة التى أبرأه عن جميع عيوبها اهـ ملخصا (قوله وإن لم يسم) أى لم يذكر أسماء العيوب (قوله خلافا للشافعى) حيث قال لايصح إلا أن يعد العيوب لأن فى الإبراء معنى التمليك وتمليك المجهول لايصح زيلعى (قوله لعدم إفضائه إلى المنازعة) الأولى لعدم إفضائها لأن الضمير للبراءة : قال فى الفتح : ولنا أن الإبراء إسقاط حتى يتم بلا قبول ، كما لو طلق نسوته أو أعتق عبيده ولا يدرى كم هم ولا أعيانهم والإسقاط لاتبطله جهالة الساقط لأنها لاتفضى إلى المنازعة وتمامه فيه (قوله فلا يرد بعيب) أى موجود أو حادث (قوله بالموجود) لأن البراءة تتناول الثابت وهو الموجود وقت العقد فقط : ولهما أن الملاحظ هو المعنى والغرض من هذا الشرط إلزام العقد بإسقاط المشترى حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ، ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشترى الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض والمعلوم دخوله فتح (قوله كقوله من كل عيب به) فإنه لايدخل فيه الحادث إجماعا بحر (قوله ولو قال مما يحدث) أى باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض فتح (قوله صح عند الثانى الخ) هذا على رواية المبسوط ، أما على رواية شرح الطحاوى فلايصح بالاجماع :

وأورد على الثانية أنه لو أبرأه عن كل عيب يدخل الحادث عند أبى يوسف بلا تنصيص فكيف يبطله مع التنصيص وأجيب بمنع الإجماع لما علمت من رواية المبسوط ، ولئن سلم فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما وكم من شىء لايثبت مقصودا ويثبت تبعا أفاده فى الفتح : ونقل ط عن الحموى عن شرح المجمع أن الأصح وبه قطع الأكثرون أنه فاسدا اهـ : فهذا تصحيح لرواية شرح الطحاوى ، لكنى لم أر ذلك فى شرح

(أبرأه من كل داء فهو على) المرض ، وقيل على (مافى الباطن) واعتمده المصنف تبعا للاختيار والجوهرة لأنه المعروف فى العادة (وما سواه) فى العرف (مرض) ولو أبرأه من كل غائلة فهى السرقة والإباق والزنا .

(اشترى عبدا فقال لمن ساومه إياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق بينهما البيع فوجد) مشتريه (به عيبا) فله (رده على بائعه) بشرطه (ولأن يمنعه) من الرد عليه (إقراره السابق) بعدم العيوب ، لأنه مجاز عن الترويج (ولو عينه) أى العيب فقال لاعور به أو لاشلل (لا) يرده لإحاطة العلم به إلا أن لايحدث مثله كلا أصبع به زائدة ثم وجدها فله رده للتيقن بكذبه .

(قال) لآخر (عبدى) هذا (آبق فاشتره منى فاشتراه وباع) من آخر (فوجده) المشترى (الثانى آبقا لايرده ا سبق من إقرار البائع) الأول (مالم يبرهن أنه أبق عنده) لأن إقرار البائع الأول ليس بحجة على البائع الثانى الموجود منه السكوت :

(اشترى جارية لها لبن فأرضعت صبيا له ثم وجد بها عيبا كان له أن يردها) لأنه استخدام ،

المجمع الملكى فلعله فى شرح آخر فليراجع ، نعم فى البحر عن البدائع أن البيع بهذا الشرط فاسد عندنا لأن الإبراء لايحتمل الإضافة ، وإن كان إسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لايقبل الرد(١) فلا يحتمل الإضافة نصا كالتعليق فكان شرطا فاسدا فأفسد البيع اه . وظاهر قوله عندنا أنه قول علمائنا الثلاثة موافقا لما فى شرح الطحاوى فقول النهر إنه مبنى على قول محمد غير ظاهر (قوله وقيل على مافى الباطن) من طحال أو فساد حيض منح (قوله واعتمده المصنف) حيث قال وهذا ماعولنا عليه فى المختصر اعتمادا على ماهو معروف فى العادة وإلا فالمشهور من المذهب الأول ، وإنما قيدنا بالعادة لأن الداء فى اللغة هو المرض سواء كان بالجوف أو بغيره اه .

قلت لكن عرفنا الآن موافق فى اللغة (قوله فهى السرقة والإباق والزنا) هكذا روى عن أبى يوسف فتح وفى المصباح غائلة العبد فجوره وإباقه ونحو ذلك (قوله بشرطه) أى بالبينة أو باقرار البائع أو نكوله اهـ ح . ومن شروط الرد أن لايزيد زيادة مانعة من الرد ، ولا يوجد ماهو دليل الرضا بالعيب مما مر ولا برئ البائع من عيوبه (قوله لأنه مجاز عن الترويج) رواج المتاع نفاقه أى أنه أراد رواجه ونفاقه عند المشترى قال فى المنح لظهور أنه لايخلو عن عيب ما فيتيقن القاضى بأن ظاهره غير مراد له اه : وفى الشرنبلالية عن المحيط : وهذا كمن قال لجاريته يازانية يامجنونة فليس باقرار بالعيب ولكنه للشتيمة ، حتى قيل لو قال ذلك فى الثوب أى قال لآخر اشتره فلا عيب به يكون إقرارا بنفى العيب لأن عيوب الثوب ظاهرة اه (قوله عبدى هذا آبق) أفاد باسم الإشارة أن العبد حاضر وأن قوله آبق بمعنى الماضى ، وهذا بخلاف مااذا قال بعتك على أنه آبق أو على أنى برئ من إباقه وقبله المشترى الأول فان الثانى يرده عليه كما سنوضحه عند قوله باع عبدا الخ (قوله فوجده المشترى الثانى آبقا) بأن أبق عنده أيضا لأن الإباق لايكون عيبا إلا بتكرره (قوله لايرده) أى على البائع الثانى (قوله إنه أبق عنده) أى عند البائع الأول المقر (قوله الموجود منه السكوت) يعنى والسكوت ليس تصديقا منه لبائعه فيما أقر به فأما إذا قال البائع الثانى وجدته آبقا الآن صار مصدقا للبائع فى إقراره بكونه آبقا شرنبلالية (قوله اشترى جارية الخ) قال فى شرح الوهبانية : وفى البزازية : اشترى مرضعا ثم اطلع بها على عيب ثم أمرها بالإرضاع له الرد لأنه استخدام ولو حلب اللبن فأكله أو باعه لايرد لأن اللبن جزء منها فاستيفاؤه دليل الرضا : وفى الفتوى : الحلب بلا أكل أو بيع لايكون رضا ، وحلب لبن الشاة رضا شرب أم لا (قوله لأنه استخدام) والاستخدام لايكون رضا خانية

---

(١) (قوله ولهذا لايقبل الرد) لعل الصواب إسقاط لا كما لايخفى تأمل .

بخلاف الشاة المصراة فلا يردها مع لبنها أو صاع تمر بل يرجع بالنقصان على المختار شروح مجمع وحررناه فيما علقناه على المنار (كما لو استخدمها) فى غير ذلك ، ففى المبسوط الاستخدام بعد العلم بالعيب ليس برضا استحسانا ، لأن الناس يتوسعون فيه فهو للاختبار . وفى البزازية : الصحيح أنه رضا فى المرة الثانية إلا إذا كان فى نوع آخر وفى الصغرى أنه مرة ليس برضا إلا على كره من العبد بحر (قال المشترى ليس به) بالمبيع (أصبع زائدة أو نحوها مما لا يحدث) مثله فى تلك المدة (ثم وجد به ذلك كان له الرد) بلا يمين لما مر .

(باع عبدا وقال) للمشترى (برئت إليك من كل عيب به إلا الإباق فوجده آبقا فله الرد ، ولو قال إلا إباقه لا) لأنه فى الأول لم يضف الإباق للعبد ولا وصفه به فلم يكن إقرارا بإباقه للحال ، وفى الثانى أضافه إليه

أى فى المرة الأولى ويكون رضا فى الثانية كما يأتى قريبا ومقتضاه أنه لو أمرها به ثانيا كان رضا لا لو أرضعته مرات بالأمر الأول تأمل .

مطلب فى مسألة المصراة

(قوله بخلاف الشاة المصراة) روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لاتصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، فإن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر » متفق عليه شرح التحرير . وتصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية ، وهى ربط ضرع الناقة أو الشاة وترك حلبها اليومين أو الثلاثة حتى يجتمع اللبن قال الشارح فى شرحه على المنار وهو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة والتمر ليس منهما فكان مخالفا للقياس ومخالفته مخالفة للكتاب والسنة وإجماع المتقدمين فلم يعمل به لما مر ، فيرد قيمة اللبن عند أبى يوسف وقال أبو حنيفة ويرجع على البائع بأرشها اه .

وفى شرح التحرير : وقد اختلف العلماء فى حكمها فذهب إلى القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة أبو يوسف على مافى شرح الطحاوى للاسبيجابى نقلا عن أصحاب الأمالى عنه والمذكور عنه للخطابى وابن قديمة أنه يردها مع قيمة اللبن ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به لأنه خبر مخالف للأصول ا هـ.

والحاصل كما فى الحقائق أنه إذا اشتراها فحلبها فوجدها قليلة اللبن ليس له أن يردها عندنا . وعند الشافعى وغيره له أن يردها مع اللبن لو قائما ومع صاع تمر لو هالكا ، وهل يرجع بالنقصان عندنا : فعلى رواية الإسرار لا ، وعلى رواية الطحاوى نعم . قال فى شرح المجمع : وهو المختار لأن البائع بفعل التصرية غر المشترى فصار كما إذا غره بقوله إنها لبون (قوله فى غير ذلك) أى فى غير الإرضاع (قوله فهو للاختبار) بالباء الموحدة : أى لأجل أن يختبره ويمتحنه ليعلم أنه مع العيب يصلح له أم لا (قوله إلا على كره من العبد) مخالف لإطلاق مامر أنه الاستحسان مع أن وجهه خفى تأمل (قوله لما مر) أى قريبا فى قوله للتيقن بكذبه (قوله فله الرد الخ) كذا فى الفتح ، واستشكله فى الشرنبلالية بما فى المحيط : لو قال على أنى برىء من إباقه أو على أنه أبق وقبله المشترى الأول على ذلك يرده الثانى عليه لأنه ذكر هذا وصفا للإيجاب أو شرطا فيه والإيجاب يفتقر إلى الجواب والجواب يتضمن إعادة مافى الخطاب فإذا قال المشترى قبلت ذلك صار كأنه قال اشتريت على أنه آبق فيكون اعترافا بكونه آبقا ، بخلاف قوله على أنى برىء من الإباق لأنه لم يضف الإباق إلى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافا بوجود الإباق للحال لأن هذا الكلام كما يحتمل التبرى عن الإباق موجود من العبد يحتمل التبرى عن إباق سيحدث فى المستقبل فلا يصير مقرا بكونه آبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك ا هـ . وكتب الشرنبلالى فى هامش الشرنبلالية أن حق العبارة فى كلام الفتح لو قال أنا برىء من كل عيب إلا إباقه لا يبرأ من إباقه فيرد به ولو قال إلا الإباق فليس له الرد اهـ .

فكان إخبارا بأنه آبق فيكون راضيا به قبل الشراء خانية . وفيها : لو برئ من كل حق له قبله دخل العيب لا الدرك (مشتر) لعبد أو أمة (قال أعتق البائع) العبد (أو دبر أو استولد) الأمة (أو هو حر الأصل وأنكر البائع حلف) لعجز المشترى عن الإثبات (فإن حلف قضى على المشترى بما قاله) من العتق ونحوه لإقراره بذلك (ورجع بالعيب إن علم به) لأن المبطل للرجوع إزالته عن ملكه إلى غيره بإنشائه أو إقراره ولم يوجد (حتى لو قال باعه وهو ملك فلان وصدقه) فلان (وأخذه لا) يرجع بالنقصان لإزالته بإقراره كأنه وهبه (وجد المشترى الغنيمة محرزة) بدارنا أو غير محرزة لو البيع (من الإمام أو أمينه) بحر :

وحاصله : أن عبارة المصنف والفتح مقلوبة لمخالفتها لما فى المحيط:

أقول : لا مخالفة ولا قلب أصلا ، وذلك أن ما فى المحيط فيما إذا اشتراه كذلك ثم باعه لآخر فللمشترى الآخر رده على الأول ، بخلاف مسألة المصنف : وبيانه أنه إذا قال البائع إلا إباقه باضافة الإباق إليه يكون إخبارا بإباقه ويكون المشترى راضيا به قبل الشراء فلا يرده بإباقه عنده ، بخلاف إلا الإباق بلا إضافة ولا وصف ، إذ ليس فيه إقرار بإباقه للحال فلم يوجد رضا المشترى به فله رده ، فلو فرض أن هذا المشترى باعه لآخر فللآخر رده عليه فى الصورة الأولى لا فى الثانية ، وهذا هو المذكور فى المحيط فتدبر (قوله لو برىء من كل حق له قبله دخل العيب لا الدرك) لأن العيب حق له قبله للحال والدرك لا ، كذا فى الذخيرة . وبيانه : لو قال المشترى للبائع أبرأتك من كل حق لى قبلك ثم ظهر فى المبيع عيب ليس له دعوى الرد به لأن الرد بالعيب من جملة الحقوق الثابتة له وقد أبرأه منها بخلاف مالو اشترى رجل عبدا مثلا فضمن له آخر الدرك أى ضمن له الثمن إذا ظهر العبد مستحقا ثم قال المشترى للضامن من أبرأتك من كل حق لى قبلك لايدخل الدرك فلو استحق العبد كان للمشترى الرجوع على الضامن بالثمن لأنه لم يكن له وقت الابراء حق الرجوع بالثمن لأنه يتوقف على وجود الاستحقاق ثم على القضاء للمستحق على البائع بالثمن لأن بمجرد الاستحقاق لاينتقض البيع فى ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الأصيل رد الثمن فلايجب على الكفيل كما فى الهداية من الكفالة فحيث لم يثبت ذلك الحق فى الحال لم يدخل فى الابراء المذكور (قوله لعجز المشترى عن الاثبات) اللام للتوقيت أى حلف البائع وقت عجز المشترى أما لو برهن المشترى فإنه يرده على البائع (قوله إن علم به) أى علم أن به عيبا بعد قوله ما ذكر (قوله لأن المبطل للرجوع إزالته عن ملكه إلى غيره بانشائه) أى بأن باعه أوأعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب لأنه صار حابساله بحبس بدله بخلاف ماإذا أعتقه بلامال أو دبره أو استولد الأمة ثم اطلع على عيبه فإنه لايبطل الرجوع بالنقصان لأن ذلك إنهاء للملك كما مر تقرير ذلك لكن قد يبطل الرجوع بدون إزالة عن ملكه إلى غيره كما لو استهلكه فكلامه مبنى على الغالب فافهم (قوله أو إقراره) مثاله مافرعه عليه بقوله حتى لو باع الخ (قوله وصدقه فلان) فلو كذبه رده بالعيب لبطلان إقراره بتكذيبه عزمية عن الكافى (قوله كأنه وهبه) قال فى الكافى ولا نعنى به أنه تمليك لكن التمليك يثبت مقتضى للإقرار ضرورة فجعل كأنه ملكه بعد الشراء ثم أقر به اهـ عزمية (قوله الغنيمة) أى لشىء مغنوم من الكفار (قوله بحر) ونصه ثم اعلم أن الإمام يصح بيعه للغنائم ولو فى دار الحرب كما فى التلخيص وشرحه ، وقولهم لايصح بيعها قبل القسمة وفى دار الحرب محمول على غير الإمام وأمينه اهـ :

قلت : لكن قيد فى الذخيرة بيع الإمام بقوله لمصلحة رآها أفاد قيدا آخر وهو أنه لايبيع لغير مصلحة

قال المصنف : فقيد محرزة غير لازم (عيبا لايرد عليهما) لأن الأمين لاينتصب خصما (بل) ينصب له الإمام خصما فيرد على (منصوب الإمام ولا يحلفه) لأن فائدة الحلف النكول ولا يصح نكوله وإقراره (فإذا رد عليه) المعيب (بعد ثبوته يباع(١) ويدفع الثمن إليه ويرد النقص والفضل إلى محله) لأن الغرم بالغنم درر .

(وجد) المشترى (بمشريه عيبا وأراد الرد به فاصطلحا على أن يدفع البائع الدراهم إلى المشترى ولا يردعليه جاز) ويجعل حطا من الثمن (وعلى العكس) وهو أن يصطلحا على أن يدفع المشترى الدراهم إلى البائع ويرد عليه (لا) يصح لأنه لاوجه له غير الرشوة فلا يجوز . وفى الصغرى : ادعى عيبا فصالحه على مال ثم برأ أو ظهر أن لاعيب فللبائع أن يرجع بما أدى ، ولو زال بمعالجة المشترى لافنية :

(قوله قال المصنف الخ) رد على صاحب الدرر (قوله لأن الأمين لاينتصب خصما) المراد بالأمين مايعم الإمام ليوافق الدليل المدعى ، لأن الإمام نفسه أمين بيت المال عزمية ؛ وبين فى الذخيرة وجه كونه لاينتصب خصما بأن بيع الإمام خرج على وجه القضاء بالنظر للغانمين ، فلو صار خصما خرج بيعه عن أن يكون قضاء لأن القاضى لايصلح خصما اه (قوله ولا يحلفه) أى لا يحلف منصوب الإمام لو لم يكن عند المشترى بينة . قال فى البحر : ولا يقبل إقراره بالعيب ، ولا يمين عليه لو أنكر ؛ وإنما هو خصم لإثباته بالبينة كالأب ووصيه فى مال الصغير ، بخلاف الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله فى غير مجلس القضاء فإنه وإن لم يصح لكنه ينعزل به اه .

قلت : لكن فى الذخيرة : فلو أقر منصوب الإمام لم يصح إقراره ، ويخرجه القاضى عن الخصومة وينصب للمشترى خصما آخر اه ومقتضاه (٢) أنه مثل الوكيل بالخصومة تأمل (قوله ولا يصح نكوله وإقراره) المناسب أن يقول ولا يصح نكوله لأنه إما بذل أو إقرار ، ولا يصح بذله ولا إقراره اه ح (قوله ويرد النقص والفضل إلى محله) أى إن نقص الثمن الآخر عن الأول ، إن كان المبيع من الأربعة أخماس يعطى منها ، وإن كان من الخمس يعطى منه ، وكذا الزيادة توضع فيما كان المبيع منه ح عن الدرر (قوله لأن الغرم بالغنم) المراد به هنا أن الغرم وهو رد النقص إلى المشترى بسبب الغنم وهو رد الفضل إلى محله (قوله الدراهم) الأولى دراهم بالتنكير ط (قوله لا يصح) إلا إذا حدث به عيب عند المشترى كما بحثه الخير الرملى :

قلت : ويستثنى أيضا ماإذا لم يقر البائع بالعيب ، لما فى جامع الفصولين شراه بمائة وقبضه فطعن بعيب فتصالحا على أن يأخذه البائع ويرد مائة إلا واحدا قال إن أقر البائع أن العيب كان عنده فعليه رد باقى الثمن وإلا ملك الباقى وهو قول أبى يوسف اه (قوله لأنه لاوجه له غير الرشوة) فى جامع الفصولين لأنه ربا ولصاحب البحر رسالة فى الرشوة ذكر ط هنا حاصلها ، ومحل الكلام عليها فى القضاء ؛ وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولو زال بمعالجة لا) أى لا يرجع ، وعبر عنه فى جامع الفصولين بقيل حيث قال ولو قبض بدل الصلح وزال ذلك العيب يرد بدل الصلح ، وقيل هذا لو زال بلاعلاجه ، فإن زال بعلاجه لايرد اه .

---

(١) (قول الشارح بعد ثبوته يباع الخ) أى بالبينة ، وقوله يباع : أى يبيعه الإمام لا المنصوب ، لأنه إنما نصبه الإمام ليرده عليه اه ط .

(٢) (قوله ومقتضاه الخ) لعل المماثلة فى العزل بالإقرار لا فى جميع أحكامه ، لأن الوكيل بالخصومة إذا أقر فى مجلس الحكم ينفذ إقراره على موكله ، بخلاف المنصوب فإن ظاهر قول الذخيرة لم يصح إقراره ويخرجه القاضى عن الخصومة أن الإقرار كان أمام القاضى اه .

(رضى الوكيل بالعيب لزم الموكل إن كان المبيع مع العيب) الذى به (يساوى الثمن) المسمى (وإلا) يساوه (لا) يلزم الموكل اه .

[فروع] لا يحل كتمان العيب فى مبيع أو ثمن لأن الغش حرام إلا فى مسألتين .

الأولى : الأسير إذا شرى شيئا ثمة ودفع الثمن مغشوشا جاز إن كان حرا لاعبدا .

الثانية : يجوز إعطاء الزيوف والناقص فى الجبايات أشباه .

مطلب فى الصلح عن العيب

[فرع] لو شرياه فوجد اعيبا فصالح أحدهما البائع من حصته فليس للآخر أن يخاصم ، وهذا فرع مسألة أن رجلين لو شريا فوجدا عيبا ليس لأحدهما الرد بدون الآخر عنده وعندهما لكل منهما رد حصته جامع الفصولين (قوله رضى الوكيل بالعيب) أى الوكيل بالشراء (قوله يساوى الثمن المسمى) أى الذى اشتراه به كما فى الخانية عن المنتقى بعد ما ذكر قولا آخر ، وهو أنه إن كان قبل قبض المبيع لزم الموكل لو العيب يسيرا وإلا فيلزم الوكيل ، وإن اليسير مالا يفوت جنس المنفعة كقطع يد واحدة وفقء عين ، بخلاف قطع اليدين وفقء العينين فهو فاحش : وذكر أن السرخسى قال إن مالا يدخل تحت تقويم المقوّمين فاحش ، بأن لايقومه أحد من العيب بقيمة الصحيح ، وأن مافى المنتقى قريب من هذا . ثم قال : وفى الزيادات إن رضى قبل القبض لزم الموكل ، وإن بعده لزم الوكيل ولم يفصل بين اليسير والفاحش . والصحيح مافى المنتقى سواء كان قبل القبض أو بعده لأنه يصير كأنه اشتراه مع العلم بالعيب ، فإن كان لا يساوى ذلك الثمن لا يلزم الآمر اه فافهم .

مطلب فى جملة مايسقط به الخيار

[تنبيه] قال فى البحر ، وإلى هنا ظهر أن خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع ، أو وقت القبض أو الرضا به بعدهما أو اشترط البراءة من كل عيب ، أو الصلح على شىء أو الإقرار بأن لاعيب به إذا عينه كقوله ليس بآبق فإنه إقرار بانتفاء الإباق ، بخلاف قوله ليس به عيب كما مر اه ملخصا (قوله لأن الغش حرام) ذكر فى البحر أول الباب بعد ذلك عن البزازية عن الفتاوى : إذا باع سلعة معيبة عليه البيان ، وإن لم يبين قال بعض مشايخنا يفسق وترد شهادته ، قال الصدر لا نأخذبه اه : قال فى النهر : أى لانأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا لأنه صغيرة اه

قلت : وفيه نظر لأن الغش من أكل أموال الناس بالباطل فكيف يكون صغيرة ، بل الظاهر فى تعليل كلام الصدر أن فعل ذلك مرة بلا إعلان لا يصير به مردود الشهادة وإن كان كبيرة كما فى شرب المسكر (قوله الأولى الأسير إذا شرى شيئا الخ) عبارة الأشباه عن الولوالجية : اشترى الأسير المسلم من دار الحرب ودفع الثمن الخ ، والمتبادر منه أن الأسير فاعل الشراء كما هو صريح عبارة الشارح ، وليس كذلك بل هو مفعوله لأن نص عبارة الولوالجية هكذا رجل اشترى الأسير من أهل الحرب وأعطاهم الزيوف والستوقة أو اشترى بعروض وأعطاهم العروض المغشوشة جاز ، لأن شراء الأحرار ليس بشراء ليجب عليه المال المسمى لكنه طريق لتخليصهم فكيفما استطاع تخليصهم له أن يفعل . وعلى هذا قالوا إذا اضطر المرء إلى إعطاء جعل العوان أجزاه أن يعطيه الزيوف والستوقة وينقص الوزن بدليل مسألة الأسير ، وهذا إذا كان الأسراء أحرارا ، فإن كانوا عبيدا لا يسعه شىء من ذلك إذا دخل بأمان اه . ومثله فى الخانية : رجل اشترى الأسراء من أهل الحرب جاز له أن يعطيهم الزيوف والمغشوش لأن شراء الأحرار لا يكون شراء حقيقة وإن كان الأسراء عبيدا لايسعه ذلك اه (قوله فى الجبايات) جمع جباية

وفيها : رد البيع بعيب بقضاء فسخ فى حق الكل إلا فى مسألتين :

إحداهما : لو أحال البائع بالثمن ثم رد المبيع بعيب بقضاء لم تبطل الحوالة :

الثانية : لو باعه بعد الرد بعيب بقضاء من غير المشترى وكان منقولا لم يجز قبل قبضه ، ولو كان فسخا لجاز

وفى البزازية : شرى عبدا فضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب ورده لم يضمن لأنه ضمان العهدة ، وضمنه الثانى لأنه ضمان العيوب ، وإن ضمن السرقة أو الحرية أو الجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن .

بالباء الموحدة قال فى فتح القدير : الجبايات الموظفة على الناس ببلاد فارس على الضياع وغيرها للسلطان فى كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فإنها ظلم بيرى . ونقل قبله ما قدمناه آنفا عن الولوالجية من مسألة جعل العوان (قوله فسخ فى حق الكل) أى المتبايعين وغيرهما ، وقد ذكر ذلك فى البحر عند قول الكنز ولو باع المبيع فرد عليه الخ ثم أورد على ذلك مسائل منها مسألة الحوالة المذكورة ومنها أنه لو كان المبيع عقارا فرد بعيب لم يبطل حق الشفيع فى الشفعة ، ولو كان فسخا لبطلت الحوالة والشفعة ثم ذكر أنه أجاب فى المعراج بأنه فسخ فيما يستقبل لا فى الأحكام الماضية بدليل أن زوائد المبيع للمشترى ولا يردها مع الأصل .

قلت : وعليه فلا محل للاستثناء الذى ذكره الشارح تأمل (قوله لو أحال البائع بالثمن) صورة المسألة كما فى الذخيرة باع عبدا من رجل بألف درهم ثم إن البائع أحال غريما على المشترى حوالة مقيدة بالثمن فمات العبد قبل القبض حتى سقط الثمن أورد العبد بخيار رؤية أو بخيار شرط أو خيار عيب قبل القبض أو بعده لا تبطل الحوالة استحسانا لأنها تعتبر متعلقة بمثل ما أضيفت الحوالة إليه من الدين فلا تكون متعلقة بعين ذلك الدين وتعتبر مطلقة إذا ظهر أن الدين لم يكن واجبا وقت الحوالة ، وقيد بما إذا أحال البائع لأنه إذا حال المشترى البائع ثم رد المشترى بالعيب بقضاء فإن لقاضى يبطل الحوالة بيرى .

قلت : ولم يذكر أن المشترى أحال البائع على آخر حوالة مقيدة فظاهره أنها مطلقة مع أنه صرح فى الجوهرة من الحوالة بأن المطلقة لا تبطل بحال ولا تنقطع فيها المطالبة مع أن المقيدة هنا بقيت والمطلقة بطلت ، لكن بقاء المقيدة هنا استحسان كما علمت ، والقياس بطلانها إذا ظهر بطلان المال الذى قيدت به وهو الثمن هنا ، وإنما بطلت المطلقة هنا لبطلان المال الذى كان للمحتال وهو البائع ، وإنما لا تبطل المطلقة ببطلان ما على المحال عليه تأمل (قوله ثم رد المبيع) بالبناء للمجهول أى رده المشترى على البائع (قوله من غير المشترى) أما لو باعه منه ثانيا جاز ، ولا يرد عليه ما سيذكره المصنف فى فصل التصرف فى المبيع والثمن من أنه لو باع المنقول من بائعه قبل القبض لم يصح ، لأن ذلك فيما إذا كان العقد الأول باقيا بدليل ما ذكره فى باب الإقالة من أنها فسخ فى حقهما فيجوز للبائع بيعه من المشترى قبل قبضه (قوله وكان منقولا) احتراز عن العقار لجواز بيعه قبل قبضه خلافا لمحمد وزفر ، أفاده ط (قوله لأنه ضمان العهدة) وهو باطل عند الإمام للاشتباه كما سيأتى فى الكفالة إن شاء الله تعالى ، وهنا لما ضمن عيوبه يحتمل أن المراد أنه يداويه منها ، ويحتمل أن يضمن له النقصان أو أنه يضمن له الرد على البائع من غير منازعة فلذا كان الضمان فاسدا ط (قوله لأنه ضمان العيوب) أى وهو عنده ضمان الدرك كما فى الهندية فهو كالمسألة المذكورة بعد ط (قوله ضمن الثمن) أى للمشترى ، ولو مات عنده قبل أن يرده وقضى على البائع بنقصان العيب كان للمشترى أن يرجع على الضامن :

وفى جواهر الفتاوى : شرى ثمرة كرم ولا يمكن قطافها لغلبة الزنابير ، إن بعد القبض لم يرده ، وإن قبله ، فإن انتقص المبيع بتناول الزنابير فله الفسخ لتفرق الصفقة عليه(١) ؛

باب البيع الفاسد

المراد بالفاسد الممنوع مجازا عرفيا(٢) فيعم الباطل والمكروه ، وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعا ،

مطلب فى ضمان العيوب

ولو ضمن له بحصة مايجد من العيوب فيه من الثمن فهوجائز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، فإن رده المشترى رجع على الضامن بذلك كمايرجع على البائع ذخيرة (قوله لم يرده)لأنه عيب حدث عند المشترى ط (قوله وإن قبله) أى وإن حصلت الغلبة قبل القبض ط (قوله لتفرق الصفقة عليه) أى بهلاك بعض المبيع قبل قبضه بآفة سماوية ، وقدمنا عن جامع الفصولين أنه يطرح عن المشترى حصة النقصان من الثمن ، وهو مخير فى الباقى بين أخذه بحصته أو تركه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب البيع الفاسد

أخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين كما أوضحه فى الفتح ، وسيأتى أنه معصية يجب رفعها ،وسيأتى فى باب الربا أن كل عقد فاسد فهوربا ، يعنى إذا كان فساده بالشرط الفاسد. وفى القاموس: فسد كنصر وقعدوكرم فسادا وفسودا ضد صلح فهوفاسد فسيد ولم يسمع انفسد اه . ونقل فى الفتح أنه يقال للحم الذى لاينتفع به لدود ونحوه بطل ، وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم ،وفيه مناسبة للمعنى الشرعى ،وهو ماكان مشروعا بأصله لابوصفه ،ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالامتقوما لاجوازه وصحته لأن فساده يمنع صحته ،أو أطلقوا المشروعية عليه نظرا إلى أنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعا . وأما الباطل ، فى المصباح بطل الشىء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل والجمع بواطل أو أباطيل اه . وفيه مناسبة للمعنى الشرعى وهو مالايكون مشروعا لابأصله ولا بوصفه . وأما المكروه ، فهولغة خلاف المحبوب واصطلاحا مانهى عنه لمجاور كالبيع عند أذان الجمعة . وعرفه فى البناية بما كان مشروعا بأصله ووصفه لكن نهى عنه لمجاور ،ويمكن إدخاله تحت الفاسد أيضا على إرادة الأعم وهو مانهى عنه فيشمل الثلاثة كما فى البحر (قوله المراد بالفاسد الممنوع الخ) قد علمت أن الفاسد مباين للباطل ،لأن ماكان مشروعا بأصله فقط يباين ماليس بمشروع أصلا . وأيضا حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض والباطل لايفيده أصلا ،وتباين الحكمين دليل تباينهما ، فإطلاق الفاسد فى قولهم باب البيع الفاسد على مايشمل الباطل لايصح على حقيقته ، فأما أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الأعم والأخص أو يجعل مجازا عرفيا فى الأعم لأنه خير من الاشتراك ، وتمامه فى الفتح ؛

مطلب فى أنواع البيع

ثم اعلم أن البيع جائز وقدمر بأقسامه . وغيرجائز ،وهو ثلاثة : باطل وفاسد ، وموقوف كذا فى الفتح وأراد بالجائز النافذ ، وبمقابله غيره لاالحرام ، إذلو أريد ذلك لخرج الموقوف لما قالوه من أن بيع مال الغير بلا إذنه بدون تسليم ليس بمعصية ،

---

(١) (قول الشارح لتفرق الصفقة عليه) قال ط : بذهاب ماتناوله الزنابير وبالعجز عن جزء ما غلبت عليه اه .

(٢) (قول الشارح مجازا عرفيا) أى باعتبار عرف الفقهاء فإنهم المفرقون بينهما ، ولم يكن لغويا لعدم التفرقة عند أهل اللغة اه ط .

وكل ماأورث خللا فى ركن البيع فهو مبطل؛ وما أورثه فى غيره ففسد (بطل بيع ماليس بمال) والمال مايميل إليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع درر ،

مطلب لبيع الموقوف من قسم الصحيح

على أنه فى المستصفى جعله من قسم الصحيح ، حيث قال : البيع نوعان : صحيح وفاسد : والصحيح نوعان لازم وغير لازم نهر: وذكر فى البحر أن البيع المنهى عنه ثلاثة : باطل ، وفاسد، ومكروه تحريما ، وقد مرت : وما لا نهى فيه ثلاثة أيضا : نافذ لازم ، ونافذ ليس بلازم ، وموقوف فالأول ماكان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه . والثانى مالم يتعلق به حق الغير وفيه خيار : والموقوف ماتعلق به حق الغير ، وحصره فى الخلاصة فى خمسة عشر :

قلت : بل أوصله فى النهر إلى نيف وثلاثين كما سيأتى فى باب بيع الفضولى. ثم قال فى البحر :والصحيح يشمل الثلاثة لأنه ما كان مشروعا بأصله ووصفه والموقوف كذلك فهو قسم منه ،وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه ، فإن حكمه إفادة الملك بلا توقف على القبض ، ولا يضر توقفه على الإجازة كتوقف مافيه خيار على إسقاطه اه :

قلت : ينبغى استثناء بيع المكره فإنه موقوف على إجازته مع أنه فاسد كما حققناه أول البيوع ، وحررنا هناك أيضا أن بيع الهزل فاسد لاباطل وإن كان لايفيد الملك بالقبض لكونه أشبه البيع بالخيار ، وليس كل فاسد يملك بالقبض كما سيأتى (قوله فى ركن البيع) هو الإيجاب والقبول ، بأن كان من مجنون أو صبى لا يعقل وكان عليه أن يزيد أو فى محله أعنى لمبيع ، فإن الخلل فيه مبطل بأن كان المبيع ميتة أودما أو حرا أو خمرا كما فى ط عن البدائع (قوله وما أورثه فى غيره) أى فى غير الركن وكذا فى غير المحل ، وذلك بأن كان فى الثمن بأن يكون خمرا مثلا أو بأن كان من جهة كونه غير مقدور التسليم أو فيه شرط مخالف لمقتضى العقد فيكون البيع بهذه الصفة فاسدا لا باطلا لسلامة ركنه ومحله عن الخلل كما فى ط عن البدائع ، وبه ظهر أن الوصف ماكان خارجا عن الركن والمحل :

[تنبيه] فى شرح مسكين : ثم الضابط فى تمييز الفاسد من الباطل أن أحد العوضين إذا لم يكن مالا فى دين سماوى فالبيع باطل سواء كان مبيعا أو ثمنا ، فبيع الميتة والدم والحر باطل ، وكذا البيع به ، وإن كان فى بعض الأديان مالا دون البعض إن أمكن اعتباره ثمنا فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد، وإن تعين كونه مبيعا فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل اه :

قلت : وهذا الضابط يرجع إلى الفرق بينهما من حيث المحل فقط ، ومامر من حيث الركن والمحل فهو أعم فافهم (قوله بطل بيع ما ليس بمال) أى ماليس بمال فى سائر الأديان بقرينة قوله والبيع به فإن مايبطل سواء كان مبيعا أو ثمنا ما ليس بمال أصلا بخلاف نحو الخمر فإن بيعه باطل إذا تعين كونه مبيعا ، أما لو أمكن اعتباره ثمنا فبيعه فاسد كما علمته من الضابط المذكور آنفا لأن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن ولذا ينفسخ البيع بهلاك المبيع دون الثمن ولأن الثمن غير مقصود بل هو وسيلة إلى المقصود وهو الانتفاع بالأعيان :

مطلب فى تعريف المال

(قوله والمال) أى من حيث هو لا المذكور قبله ، لأن التعريف المذكور يدخل فيه الخمر فهى مال وإن لم تكن مقومة ، ولذا قال بعده وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير فإن المتقوم هو المال المباح الانتفاع به شرعا ،

فخرج التراب ونحوه (كالدم) المسفوح فجاز بيع كبد وطحال (والميتة) سوى سمك وجراد ، ولا فرق فى حق المسلم بين التى ماتت حتف أنفها أو بخنق ونحوه

وقدمنا أول البيوع تعريف المال بما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، وأنه خرج بالادخار المنفعة فهى ملك لا مال لأن الملك مامن شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص كما فى التلويح ، فالأولى ما فى الدرر من قوله المال موجود يميل إليه الطبع الخ فإنه يخرج بالموجود المنفعة فافهم . ولا يرد أن المنفعة تملك بالإجارة لأن ذلك تمليك لا بيع حقيقة ولذا قالوا إن الإجارة لا بيع المنافع حكما : أى إن فيها حكم البيع وهو التمليك لا حقيقته ، فاغتنم هذا التحرير (قوله فخرج التراب) أى القليل مادام فى محله وإلا فقد يعرض له بالنقل ما يصير به مالا معتبرا ومثله المال ، وخرج أيضا نحو حبة من حنطة والعذرة الخالصة ، بخلاف المخلوطة بتراب ولذا جاز بيعها كسرقين كما يأتى ، وخرج أيضا المنفعة على ماذكرنا آنفا (قوله والميتة) بفتح الميم وسكون الياء التى ماتت حتف أنفها لا بسبب ، وبتشديد الياء المكسورة : التى لم تمت حتف أنفها بل بسبب غير الذكاة كالمنخنقة والموقوذة نوح أفندى ، ولم أر هذا الفرق فى القاموس ولا فى المصباح ولا غيرهما فراجعه (قوله ولا فرق فى حق المسلم الخ) أما فى حق الذمى فيراد بها الأول ، وأما الثانى فاختلف عباراتهم فيه ؛ ففى التجنيس جعله قسما من الصحيح لأنهم يدينونه ولم يحك خلافا وجعله فى الإيضاح قول أبى يوسف. وعند محمد لايجوز ، وجزم فى الذخيرة بفساده ، وجعله فى البحر من اختلاف الروايتين نهر .

وعبارة البحر : وحاصله أن فيما لم يمت حتف أنفه بل بسبب غير الذكاة روايتين بالنسبة إلى الكافر فى رواية الجواز ، وفى رواية الفساد ، وأما البطلان فلا ، وأما فى حقنا فالكل سواء اه . وذكر ط أن عدم الفرق فى حقنا فى المنخنقة مثلا إذا قوبلت بدراهم حتى تعين كونها مبيعا ، أما إذا قوبلت بعين أمكن اعتبارها ثمنا فكان فاسدا بالنظر إلى العوض الآخر(١) باطلا بالنظر إليها ، وهذا ما اقتضاه الضابط السابق اه (قوله التى ماتت حتف أنفها) الحتف الهلاك يقال مات حتف أنفه إذا مات بغير ضرب ولا قتل ، ومعناه أن يموت على فراشه فيتنفس حتى ينقضى رمقه ، ولهذا خص الأنف مصباح (قوله أو بخنق) مثل كتف ويسكن تخفيفا مصباح .

[تنبيه] لم يذكروا حكم دودة القرمز : أما إذا كانت حية فينبغى جريان الخلاف الآتى فى دود القز وبزره وبيضه وأما إذا كانت ميتة وهو الغالب فإنها على مابلغنا تخنق فى الكلس أو الخل ، فمقتضى مامر بطلان بيعها بالدراهم لأنها ميتة . وقد ذكر سيدى عبد الغنى النابلسى فى رسالة أن بيعها باطل ، وأنه لا يضمن متلفها لأنها غير مال ؛

قلت : وفيه أنها من أعز الأموال اليوم ، ويصدق عليها تعريف المال المتقدم ويحتاج إليها الناس كثيرا فى الصباغ وغيره ، فيلبغى جواز بيعها كبيع السرقين والعذرة المختلطة بالتراب كما يأتى مع أن هذه الدودة إن لم يكن لها نفس سائلة تكون ميتتها طاهرة كالذباب والبعوض وإن لم يجز أكلها ، وسيأتى أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع ، وأنه يجوز بيع العلق للحاجة مع أنه من الهوام ، وبيعها باطل ، وكذا بيع الحيات للتداوى: وفى القنية : وبيع غير السمك من دواب البحر لوله ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز وإلا فلا وجمل الماء قيل يجوز حيا لا ميتا والحسن

---

(١) (قوله فكان فاسدا بالنظر إلى العوض الآخر) أى العين التى هى مال عندنا ، وقوله باطلا بالنظر إليها : أى المنخنقة . ووجه ذلك أن المبيع والثمن إذا كان كل منهما عينا يصح أن يكون كل منهما ثمنا ومبيعا حتى يثبت خيار الرجوع فيهما ؛ فباعتبار كون العين التى هى مال عندنا مبيعا يكون البيع فاسدا لحصول الخلل فى الثمن ، وباعتبار كون المنخنقة هى المبيع يكون البيع باطلا لحصول الخلل فى المحل . قال شيخنا : وإنما يتم ماقاله ط إذا ثبت مالية المنخنقة فى شرعها بأن تدين ذلك نبى ، ولا نظر لاعتقادهم أصلا لأنهم ربما يعتقدون غير دين أنبيائهم ؛ ألا ترى أنهم يعتقدون بنبوة عيسى عليه الصلاة والسلام ولم يتدين ذلك نبى قط اه .

(والحر والبيع به) أى جعله ثمنا بإدخال الباء عليه ، لأن ركن البيع مبادلة المال بالمال ولم يوجد (والمعدوم كبيع حق التعلى) أى علو سقط لأنه معدوم ، ومنه بيع ماأصله غائب كجزر وفجل ، أو بعضه معدوم كورد وياسمين وورق فرصاد . وجوّزه مالك لتعامل الناس ، وبه أفتى بعض مشايخنا عملا بالاستحسان ، هذا إذا نبت ولم يعلم وجوده ، فإذا علم جاز وله خيار الرؤية وتكفى رؤية البعض عندهما وعليه الفتوى شرح مجمع

أطلق الجواز اه فتأمل ، ويأتى له مزيد بيان عند الكلام على بيع دود القز والعلق (قوله والبيع به) أى بما ليس بمال (قوله والمعدوم كبيع حق التعلى) قال فى الفتح : وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز ، لأن المبيع حينئذ ليس إلا حق التعلى وحق التعلى ليس بمال ، لأن المال عين يمكن إحرازها وإمساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء ، وليس الهواء مالا يباع والمبيع لابد أن يكون أحدهما ، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض ، فلو باعه قبل سقوطه جاز ، فإن سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض اه .

والحاصل أن بيع العلو صحيح قبل سقوطه لا بعده لأن بيعه بعد سقوطه بيع لحق التعلى وهو ليس بمال ، والذاعبر فى الكنز بقوله وعلو سقط ، وعبر فى الدرر بحق التعلى لأنه المراد من قول الكنز وعلو سقط كما علمته من عبارة الفتح ، فالمراد من العبارتين واحد فلذا فسر الشارح إحداهما بالأخرى دفعا لما يتوهم من اختلاف المراد منهما فافهم .

[تنبيه] لو كان العلو لصاحب السفل فقال بعتك علو هذا السفل بكذا صح ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار ، حتى لو انهدم العلو كان له أن يبنى عليه علوا آخر مثل الأول لأن السفل اسم لمبنى مسقف فكان سطح السفل سقفا للسفل خانية (قوله لأنه معدوم) يغنى عنه قول المصنف والمعدوم أفاده ط (قوله ومنه) أى من بيع المعدوم .

مطلب فى بيع المغيب فى الأرض

(قوله بيع ما أصله غائب) أى ماينبت فى باطن الأرض ، وهذا إذا كان لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده وقت البيع وإلا جاز بيعه كما يأتى قريبا (قوله وفجل) بضم الفاء وبضمتين قاموس (قوله كورد وياسمين) فإنه يخرج بالتدريج ط (قوله وورق فرصاد) قيل هو التوت الأحمر . وقال أبو عبيد : هو التوت. وفى التهذيب : قال الليث : الفرصاد الشجر معروف مصباح (قوله وبه أفتى بعض مشايخنا) بالياء فى مشايخ لا با لهمزة. قال القهستانى : وأفتى العقيلى وغيره بجوازه بتبعية الموجود إذا كان أكثر من المعدوم اه ط .

قلت : وهو رواية عن محمد ، وقدمنا الكلام عليه فى فصل مايدخل تبعا (قوله هذا إذا نبت الخ) الإشارة إلى قوله ما أصله غائب وكان الأولى أن يقول هذا إذا لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده فإنه لايجوز بيعه فيهما كما فى ط عن الهندية (قوله وله خيار الرؤية الخ) قال فى الهندية إن كان المبيع فى الأرض مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والجزر والبصل فقلع المشترى شيئا بإذن البائع أو قلع البائع ، إن كان المقلوع ممايدخل تحت الكيل أوالوزن إذا رأى المقلوع ورضى به لزم البيع فى الكل وتكون رؤية البعض كرؤية الكل إذا وجد الباقى كذلك ، وإن كان المقلوع شيئا يسيرا لايدخل تحت الوزن لايبطل خياره. قال فى البحر : وإن كان يباع بعد القلع عددا كالفجل فقلع البائع أو قلع المشترى بإذن البائع لا يلزم الكل لأنه من العدديات المتفاوتة بمنزلة الثياب والعبيد ، وإن قلعه بلا إذن البائع لزمه الكل إلا أن يكون ذلك شيئا يسيرا ، وإن أبى كل القلع تبرع متبرع بالقلع أو فسخ القاضى العقد اهط .

(والمضامين) مافى ظهور الآباء من المنى (والملاقيح) جمع ملقوحة : مافى البطن من الجنين (والنتاج) بكسر النون : حبل الحبلة أى نتاج النتاج لدابة أو آدمى (وبيع أمة تبين أنه) ذكر الضمير لتذكير الخبر (عبد وعكسه) بخلاف البهائم ، والأصل أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان حكما فيبطل ، وفى سائر الحيوانات جنس واحد فيصح ويتخير لفوات الوصف

مطلب فى بيع أصل القصفصة

قلت : بقى شىء لم أر من نبه عليه ، وهو مايكون أصله تحت الأرض ويبقى سنين متعددة مثل القصفصة تزرع فى أرض الوقف وتكون كالكردار للمستأجر فى زماننا فإذا باع ذلك الأصل وعلم وجوده فى الأرض صح بيعه لكنه لايرى ولا يقصد قلعه لأنه أعد للبقاء فهل للمشترى فسخ البيع بخيار الرؤية الظاهر نعم ،لأن خيار الرؤية يثبت قبل الرؤية تأمل (قوله مافى ظهور الآباء من المنى) موافق لمافى الدرر والمنح . وعبارة البحر: المضامين جمع مضمونة مافى أصلاب الإبل والملاقيح : جمع ملقوح مافى بطونها ،وقيل بالعكس (قوله والملاقيح الخ) يجب أن يحمل ههنا على ماسيكون (١) وإلا كان حملا ، وسيأتى أن بيع الحمل فاسد لا باطل درر .

قلت : وفى فساده كلام سيأتى (قوله والنتاج بكسر النون) كذا ضبطه النووى ،واختاره المصنف يعنى صاحب الدرر، وضبطه السكاكى بفتح النون ، وهو مصدر نتجت الناقة على البناء للمفعول ، والمراد به هنا المنتوج ، وفسره الزيلعى والرازى ومسكين بحبل الحبلة وتبعهم المصنف نوح (قوله حبل الحبلة) بالفتحتين فيهما قال فى المغرب : مصدر حبلت المرأة حبلا فهى حبلى سمى به المحمول كما سمى بالحمل وإنما أدخل عليه التاء للإشعار بمعنى الأنوثة لأن معناه النهى عن بيع ماسوف يحمله الجنين إن كان أنثى ، ومن روى الحبلة بكسر الباء فقد أخطأ اه لوح : (قوله وبيع أمة الخ) علله فى الدرر بأنه بيع معدوم ، ومقتضاه أن يكون معطوفا على قوله حق التعلى أو قوله والنتاج فكان الواجب إسقاط لفظ بيع نوح (قوله ذكر الضمير) أى أتى به مذكرا مع أن الأمة مؤنثة مراعاة لتذكير الخبر وهو عبد أو باعتبار الواقع (قوله وعكسه) بالرفع عطفا على قوله بيع وبالجر عطفا على أمة ط (قوله بخلاف البهائم) كما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير بحر .

مطلب فيما إذا اجتمعت الإشارة مع التسمية

(قوله والأصل الخ) قال فى الهداية : والفرق يبتنى على الأصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله تعالى ، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه ، وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف ، كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب ، وفى مسألتنا الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان للتفاوت فى الأغراض ، وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها اه قال فى البحر والأصل المذكور متفق عليه هنا ، ويجرى فى سائر العقود من النكاح والإجارة والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال ، وبه ظهر أن الذكر والأنثى فى الآدمى جنسان فى الفقه وإن اتحدا جنسا فى المنطق لأنه الذاتى المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل ، وفى الفقه المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا قال فى الفتح

---

(١) (قوله على ماسيكون) أى ماسيكون من المنى الواقع فى الرحم قبل أن يكون علقة أو مضغة مما لايصدق عليه اسم الحمل وإلا كان حملا اه .

(ومتروك التسمية عمدا) ولو من كافر بزازية ، وكذا ماضم إليه لأن حرمته بالنص (وبيع الكراب وكرى الأنهار) لأنه ليس بمال متقوّم ، بخلاف بناء وشجر فيصح إذا لم يشترط تركها ولواجبة (وما فى حكمه) أى حكم ما ليس بمال (كأم الولد والمكاتب والمدبر المطلق) فإن بيع هؤلاء باطل : أى بقاء ، فلم يملكوا بالقبض(١) لابتداء فصح بيعهم من أنفسهم(٢) وبيع قن ضم إليهم درر ،

ومن المختلفى الجلس ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل ، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح البيع ويخير (قوله ولو من كافر) نقله فى البحر أيضا عن البزازية وأقره .

قلت : وينبغى أن يجرى فيه الخلاف المار فيما ماتت بسبب غير الذبح مما يدين به أهل الذمة ، بل هذا بالأولى لأنه مما يدين به بعض المجتهدين ، وكون حرمته بالنص لايقتضى بطلان بيعه بين أهل الذمة لأن حرمة المنخنقة بالنص أيضا ، ولما اعتقدوا حلها لم نحكم ببطلاق بيعها بينهم ، نعم لو باع متروك التسمية عمدا مسلم يقول بحله كشافعى نحكم ببطلان بيعه لأنه ملتزم لأحكامنا ومعتقد لبطلان ما خالف النص فتلزمه ببطلان البيع بالنص ، بخلاف أهل الذمة لأنا أمرنا بتركهم ومايدينون ، فيكون بيعه بينهم صحيحا أو فاسدا لا باطلا كمامر ، ويؤيده مامر فى شركة المفاوضة من عدم صحتها بين مسلم وذمى لعدم التساوى فى التصرف ، وتصح بين حنفى وشافعى وإن كان يتصرف فى متروك التسمية وعللوه بأن ولاية الإلزام قائمة ، ومعناه ماذكرنا فتدبر (قوله وكذا ماضم إليه) قال فى النهر : ومتروك التسمية عمدا كالذى مات حتف أنفه حتى يسرى الفساد إلى ماضم إليه ، وكان ينبغى أن لا يسرى لأنه مجتهد فيه كالمدبر فينعقد فيه البيع بالقضاء . وأجاب فى الكافى بأن حرمته منصوص عليها ، فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء (قوله وبيع الكراب وكرى الأنهار) فى المصباح : كربت الأرض من باب قتل كرابا بالكسر قلبتها للحرث ، وفيه أيضا : كرى النهر كريا من باب رمى حفره فيه جديدة (قوله ولو الجبة) قال فيها : ولو كان لرجل عمارة فى أرض رجل فباعها ، إن كان بناء أو أشجارا جاز بيعه إذا لم يشترط تركها وإن كرابا أو كرى الأنهار ونحوه فلم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لا يجوز اه يعنى يبطل ، فإنه داخل تحت قولنا بطل بيع ماليس بمال كمالايخفى وبعدم الجواز فى الكراب وكرى الأنهار ونحو ذلك صرح فى الخانية معللا بأنه ليس بمال متقوّم منح ، وتقدمت المسألة أول البيوع مع الكلام على مشد المسكة وبيع البراءات والجامكية والنزول عن الوظائف ، وأشبعنا الكلام على ذلك كله (قوله فإن بيع هؤلاء باطل) كذا فى الهداية . وأورد أنه لو كان باطلا لاسرى البطلان إلى ماضم إليهم كالمضموم إلى الحر ، وسيأتى أنه لا يسرى . وقال بعضهم فاسد .

وأورد أنه يلزم أن يملكوا بالقبض مع أنهم لم يملكوا به اتفاقا . وأجيب عنهما بادعاء التخصيص ، وهو أن من الباطل ما لا يسرى حكمه إلى المضموم لضعفه ومن الفاسد مالا يملك بالقبض . وذكر فى الفتح أن الحق أنه باطل ولا تخصيص لجواز تخلف بعض الأفراد لخصوصية .

قلت : وما ذكره الشارح يصلح بيانا للخصوصية ، وذلك أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع

---

(١) (قول الشارح فلم يملكوا بالقبض) أى لأن استحقاق العتق قد ثبت فى حق أم الولد بقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وسبب الحرية انعقد فى حق المدبر فى الحال لبطلان الأهلية بعد الموت ، والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى ، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله اه عن أبى السعود .

(٢) (قول الشارح فصح بيعهم من أنفسهم) قال البرجندى فى شرح النقاية : ولا يرد على هذا بيع المدبر من نفسه أو بيع أم الولد من نفسها لأنه ليس بيعا حقيقة بل إعتاق على مال فلا يرد نقضا اه .

وقول ابن الكمال ببيع هؤلاء باطل موقوف ضعفه فى البحر بأن المرجح اشتراط رضا المكاتب قبل البيع وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد(١) وصحح فى الفتح نفاذه .

قلت : الأوجه توقفه على قضاء آخر إمضاء أو ردا عينى ونهر ، فليكن التوفيق . وفى السراج : ولد هؤلاء كهم ، وبيع مبعض كحر (و) بطل (بيع مال غير متقوم) أى غير مباح الانتفاع به ابن كمال فليحفظ (كخمر وخنزير وميتة لم تمت حتف أنفها)

أصلا بثبوت حقيقة الحرية ، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية فلذا لم يملكوا بالقبض ، لا ابتداء لعدم حقيقتها فلذا جاز بيعهم من أنفسهم ، ولا يلزم بطلان بيع قن ضم إليهم لأنهم دخلوا فى البيع ابتداء لكونهم محلا له فى الجملة ثم خرجوا منه بتعلق حقهم ، فيبقى القن بحصته من الثمن ، وتمامه فى الدرر (قوله وقول ابن الكمال) عبارته : البيع فى هؤلاء باطل موقوف ينقلب جائزا بالرضا فى المكاتب وبالقضاء فى الآخرين لقيام المالية اهـ (قوله قبل البيع) وتنفسخ الكتابة فى ضمنه لأن اللزوم كان لحقه وقد رضى بإسقاطه ، أما إذا باعه بغير رضاه فأجازه لم يجز رواية واحدة لأن إجازته لم تتضمن فسخ الكتابة قبل العقد كذا فى السراج وفى الخانية لو بيع بغير رضاه فأجاز بيع مولاه لم ينفذ فى الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ نهر .

قلت : لكن ذكر فى الهداية آخر الباب فيما لو جمع بين عبد ومدبر ، وتبعه فى البحر والفتح أن البيع فى هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية : ولهذا ينفذ فى المكاتب برضاه فى الأصح ، وفى المدبر بقضاء القاضى وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف اهـ ، فقوله موقوف مخالف لقوله هنا باطل ، وقوله ينفذ فى المكاتب برضاه فى الأصح مخالف للمذكور عن السراج والخانية ، وبهذا يتأيد ماذكره ابن الكمال . وقد يجاب بأن قوله ينفذ فى المكاتب برضاه فى الأصح أى رضاه وقت البيع فيكون موقوفا فى الابتداء على رضاه فلو لم يرض كان باطلا ، وبهذا تنتفى المخالفة بين كلاميه ، لكن هذا الجواب لا يتأتى فى عبارة ابن الكمال فتأمل (قوله قلت الأوجه الخ) أى إذا قضى بنفاذ بيع أم الولد قاض يراه لا ينفذ فإذا رفع إلى قاض آخر فأمضاه نفذ الأول وإن رده ارتد وقد منا تحقيق ذلك فى باب الاستيلاد (قوله فليكن التوفيق) بحمل ما فى البحر على ما قبل الإمضاء ، وما فى الفتح على ما بعده (قوله ولد هؤلاء كهم) أى ولد أم الولد من غير سيدها ، بأن زوجها فولدت بعد ما ولدت من سيدها وكذا ولد المدبر أو المكاتب المولود بعد التدبير والكتابة ، وقوله كهم : أى فى حكمهم ، وفيه إدخال الكاف على الضمير وهو قليل (قوله وبيع مبعض) أى معتق البعض كبيع الحر (قوله ابن كمال) ونصه التقوم على ماذكر فى التلويح ضربان : عرفى وهو بالإحراز ، فغير المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم . وشرعى وهو بإباحة الانتفاع به وهو المراد ههنا منفيا اهـ أى هو المراد بالتقوم المنفى هنا (قوله كخمر) قيد بها لأن بيع ماسواها من الأشربة المحرمة جائز عنده خلافا لهما ، كذا فى البدائع نهر (قوله وميتة لم تمت حتف أنفها) هذا فى حق المسلم ، أما الذمى ففى رواية بيعها صحيح وفى أخرى فاسد كما قدمناه عن البحر ، وظاهره أن اختلاف الرواية

---

(١) (قول الشارح وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد) قال البدر العينى : هذه المسألة كانت مختلفا فيها فى الصدر الأول ، وكان عمر لا يجيز بيعها وكان على يجيز بيعها ، ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعها ، فإذا قضى قاض بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك فى موضع الإجماع أو فى موضع الخلاف ؟ وذلك بناء على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أولا ؛ فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ، وعندنا ينعقد ويرتفع الخلاف السابق ، وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله : وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضى إذا قضى ببيع أم الولد لم يجز . وفى فصول الاستروشنى : وفى قضاء القاضى ببيع أم الولد روايتان أظهرهما أنه لا ينفذ . وفى قضاء الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر ، إن أمضاه نفذ ، وإن أبطله بطل ، وهذا أوجه الأقاويل اهـ ط عن أبى السعود .

بل بالخنق ونحوه فإنها مال عند الذمى كخمر وخنزير ، وهذا إن بيعت (بالثمن) أى بالدين كدراهم ودنانير ومكيل وموزون بطل فى الكل ، وإن بيعت بعين كعرض بطل فى الخمر وفسد فى العرض فيملكه بالقبض بقيمته ابن كمال (و) بطل (بيع قن ضم إلى حر وذكية ضمت إلى ميتة ماتت حتف أنفها) قيد به لتكون كالحر (وإن سمى ثمن كل) أى فصل الثمن خلافا لهما ، ومبنى الخلاف أن الصفقة لاتتعدد بمجرد تفصيل الثمن بل لابد من تكرار لفظ العقد عنده خلافا لهما ، وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد (بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر) أو نحوه فإنه يصح

الميتة فقط ، أما الخمر فصحيح (قوله ونحوه) كالجرح ، والضرب من أسباب الموت سوى الذكاة الشرعية (قوله فإنها) أى الميتة المذكورة ، أما التى ماتت حتف أنفها فهى غير مال عند الكل فلذا بطل بيعها فى حق الكل كما مر (قوله وهذا) أى الحكم المذكور ببطلان البيع بلا تفصيل (قوله أى بالدين) أى مايصح أن يثبت دينا فى الذمة . قال ابن كمال : إنما قال بالدين دون الثمن لأن الدين أعم منه ، والمعتبر المقابلة به دون الثمن (قوله بطل فى الكل) لأن المبيع هو الأصل وليس محلا للتمليك فبطل فيه فكذا فى الثمن ، بخلاف ما إذا كان الثمن عينا فإنه مبيع من وجه مقصود بالتملك ولكن فسدت التسمية فوجبت قيمته دون الخمر المسمى (قوله بطل فى الخمر) أى وفى أخويه كما يستفاد من المتن والزيلعى سائحانى .

قال فى البحر : والحاصل أن بيع الخمر باطل مطلقا ، وإنما الكلام فيما قابله فإن دينا كان باطلا أيضا ، وإن عرضا كان فاسدا ثم قال ، وقيدنا بالمسلم لأن أهل الذمة لايمنعون من بيعها لاعتقادهم الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ، كذا فى البدائع اهـ ملخصا . وظاهره الحكم بصحة بيعها فيما بينهم ولو بيعت بالثمن ، ويشهد له فروع ذكرها بعده (قوله بقيمته) لم يذكر ابن كمال القيمة وإن كانت مرادة ط (قوله ضم إلى حر) ولو مبعضا كمعتق البعض كما مر فى باب عتق البعض (قوله لتكون كالحر) أى فلا تكون مالا أصلا ، أما لو ماتت بخنق أو نحوه فهى مال غير متقوم كما مر آنفا فينبغى أن يصح البيع فيما ضم إليها كبيع قن ضم إلى مدبر تأمل (قوله خلافا لهما) فعندهما إذا فصل ثمن كل جاز فى القن والذكية بحصتها من الثمن ، لأن الصفقة(١) تصير متعددة معنى فلا يسرى الفساد من إحداهما إلى الأخرى (قوله وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد) أى ماضم إلى الحر والميتة وهو القن والذكية ، وعزاه القهستانى للمحيط والمبسوط وغيرهما . والظاهر أن المراد بالفاسد الباطل ، فيوافق ما فى الهداية وغيرها من التصريح بالبطلان تأمل (قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر) كمكاتب وأم ولد كما فى الفتح أى فيصح فى القن بحصته ، لأن المدبر محل للبيع عند البعض فيدخل فى العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصة فى البقاء دون الابتداء ، وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل من رعاية حق المدبر ابن كمال .

قلت : ومعنى البيع بالحصة بقاء أنه لما خرج المدبر صار القن مبيعا بحصته مع الثمن ، بأن يقسم الثمن على قيمته وقيمة المدبر فما أصاب القن فهو ثمنه وهذا بخلاف ضم القن إلى الحر فإن فيه البيع بالحصة ابتداء ، لأن الحر لم يدخل فى العقد لعدم ماليته .

[تنبيه] تقدم أن بيع المدبر ونحوه باطل لعدم دخوله فى العقد ، وههنا إنما دخل لتصحيح العقد فيما ضم إليه

---

(١) (قوله لأن الصفقة الخ) وللإمام أن الصفقة متحدة ، والحر والميتة لايدخلان تحت العقد لأنهما ليسا بمال فكان القبول فى الحر والميتة شرطا للبيع فى القن والذكية وهو شرط فاسد فيبطل البيع فى القن والذكية اهـ ط عن العلامة نوح أفندى ، لكن مقتضى قوله فكان القبول الخ أن يكون البيع فاسدا لا باطلا فيوافق ظاهر النهاية ، ولعل فى المسألة قولين ، ولا حاجة إلى حمل المحشى الفساد فى عبارة النهاية وغيرها على البطلان ، على أن تعليلهم البطلان بأنه بيع بالحصة ابتداء يقتضى الفساد أيضا ، لأن بيع الحصة ليس فيه إلا الخلل فى الثمن وهو يقتضى الفساد ، فالظاهر أن يحمل البطلان على الفساد لا العكس اهـ .

(أو قن غيره وملك ضم إلى وقف) غير المسجد العامر فإنه كالحر بخلاف الغامر : بالمعجمة الخراب فكمدبر أشباه . من قاعدة : إذا اجتمع الحرام والحلال (ولو محكوما به) فى الأصح

قال فى الهداية هناك : فصار كمال المشترى لايدخل فى حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضم إليه ا هـ أى إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة يجوز البيع فى المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الأصح وإن قيل إنه لايصح أصلا فى شىء فتح .

مطلب فيما إذا اشترى أحد الشريكين جميع الدار المشتركة من شريكه

قلت : علم من هذا مايقع كثيرا ، وهو أن أحد الشريكين فى دار ونحوها يشترى من شريكه جميع الدار بثمن معلوم فانه يصح على الأصح بحصة شريكه من الثمن وهى حادثة الفتوى فلتحفظ وأصرح من ذلك ماسيأتى فى المرابحة فى مسألة شراء رب المال من المضارب مع أن الكل ماله (قوله أو قن غيره) معطوف على مدبر. (قوله فإنه) أى المسجد العامر قوله بخلاف الغامر المعجمة الخراب) بجر الخراب على أنه بدل من الغامر وكان الأولى أن يقول وغيره . أى من سائر الأوقاف .

مطلب فى بطلان بيع الوقف وصحة بيع الملك المضموم إليه

وحاصله أن المسجد قبل خرابه كالحر ليس بمال من كل وجه ، بخلافه بعد خرابه لجواز بيعه إذا خرب فى أحد القولين فصار مجتهدا فيه كالمدبر فيصح بيع ما ضم إليه ومثله سائر الأوقاف ولو عامرة فإنه يجوز بيعها عند الحنابلة ليشترى بثمنها ما هو خير منها كما فى المعراج (قوله فكمدبر) أى فهو باطل أيضا قال فى الشرنبلالية صرح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف ، وأحسن بذلك إذ جعله فى قسم البيع الباطل ، إذ لا خلاف فى بطلان بيع الوقف لأنه لا يقبل التمليك والتملك ، وغلط من جعله فاسدا ، وأفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه بجملة رسائل . ولنا فيه رسالة هى حساب الحكام متضمنة لبيان فساد قوله وبطلان فتواه اهـ . والغالط المذكور هو قاضى القضاة نور الدين الطرابلسى والعلامة أحمد بن يونس الشلبى كما ذكره الشرنبلالى فى رسالته المذكورة (قوله ولو محكوما به الخ) قال فى النهر تكميل : قد علمت أن الأصح فى الجمع بين الوقف والملك أنه يصح فى الملك ، وقيده بعض موالى الروم هو مولانا أبو السعود جامع أشتات العلوم ، تغمده الله تعالى برضوانه بما إذا لم يحكم بلزومه فأفتى بفساد البيع فى هذه الصورة ، ووافقه بعض علماء العصر من المصريين ومنهم شيخنا الأخ إلا أنه قال فى شرحه هنا : يرد عليه ما صرح به قاضيخان من أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه وليس هو كالحر : بدليل أنه لو ضم إلى ملك لايفسد البيع فى الملك وهكذا فى الظهيرية ، وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق وهو إطلاق الوقف لأنه بعد القضاء وإن صار لازما بالإجماع ، لكنه يقبل البيع بعد لزومه إما بشرط الاستبدال على المفتى به من قول أبى يوسف أو بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه ونحو ذلك ، والله الموفق للصواب ، وإليه المرجع والمآب اهـ .

والحاصل أن ههنا مسألتين

الأولى أن بيع الوقف باطل ولو غير مسجد خلافا لمن أفتى بفساده ، لكن المسجد العامر كالحر وغيره كالمدبر .

المسألة الثانية أنه إذا كان كالمدبر يكون بيع ما ضم إليه صحيحا ولو كان الوقف محكوما بلزومه خلافا لما أفتى به

خلافا لما أفتى به المنلا أبو السعود فيصح بحصته فى القن وعبده والملك لأنها مال فى الجملة ؛ ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح عينى (كما بطل بيع صبى لايعقل ومجنون) شيئا وبول (ورجيع آدمى لم يغلب عليه التراب) فلو مغلوبا به جاز(١) كسرقين وبعر ، واكتفى فى البحر بمجرد خاطه بتراب (وشعر الإنسان) لكرامة الآدمى ولو كافرا ذكره المصنف وغيره فى بحث شعر الخنزير (وبيع ماليس فى ملكه) لبطلان بيع المعدوم

المفتى أبو السعود (قوله فيصح) تفريع على قول المصنف فيصح الخ على وجه الترتيب (قوله لأنها) أى المدبر وقن الغير والوقف (قوله لم يصح) لما مر من أن المسجد العامر كالحر فيبطل بيع ماضم إليه، لكن نقل فى البحر عن المحيط أن الأصح الصحة فى الملك لأن ما فيها من المساجد والمقابر مستثنى عادة اه أى فلم يوجد ضم الملك إلى المسجد بل البيع واقع على الملك وحده (قوله لا يعقل) قيد به لأن الصبى العاقل إذا باع أو اشترى انعقد بيعه وشراؤه موقوفا على إجازة وليه إن كان لنفسه ، ونافذا بلا عهدة عليه إن كان لغيره بطريق الولاية ط عن المنح ، وهذا إذا باع الصبى العاقل ماله واشترى بدون غبن فاحش وإلا لم يتوقف لأنه حينئذ لايصح من وليه عليه كما يأتى فلا يصح منه بالأولى (قوله شيئا) قدره للإشارة إلى أن الإضافة فى بيع صبى من إضافة المصدر إلى فاعله ط (قوله جاز) أى بيعه ط (قوله كسرقين وبعر) فى القاموس : السرجين والسرقين بكسرهما معربا سركين بالفتح وفسره فى المصباح بالزبل ، قال ط : والمراد أنه يجوز بيعهما ولو خالصين اه . وفى البحر عن السراج ويجوز بيع السرقين والبعر والانتفاع به والوقود به (قوله واكتفى فى البحر) حيث قال كما نقله عنه فى المنح : ولم ينعقد بيع النحل ودود القز إلا تبعا ، ولا بيع العذرة خالصة بخلاف بيع السرقين والمخلوطة بتراب اه (قوله وشعر الإنسان) ولا يجوز الانتفاع به لحديث « لعن الله الواصلة والمستوصلة » وإنما يرخص(٢) فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن هداية .

[فرع] لو أخذ شعر النبى صلى الله عليه وسلم ممن عنده وأعطاه هدية عظيمة لاعلى وجه البيع فلا بأس به سائحانى عن الفتاوى الهندية .

مطلب الآدمى مكرم شرعا ولو كافرا

(قوله ذكره المصنف) حيث قال : والآدمى مكرم شرعا وإن كان كافرا فايراد العقد عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له اه أى وهو غير جائز وبعضه فى حكمه وصرح فى فتح القدير ببطلانه ط .

قلت وفيه أنه يجوز استرقاق الحربى وبيعه وشراؤه وإن أسلم بعد الاسترقاق ، إلا أن يجاب بأن المراد تكريم صورته وخلقته ، ولذا لم يجز كسر عظام ميت كافر ، وليس ذلك محل الاسترقاق والبيع والشراء ، بل محله النفس الحيوانية فلذا لايملك بيع لبن أمته فى ظاهر الرواية كما سيأتى فليتأمل (قوله وبيع ماليس فى ملكه) فيه أنه يشمل بيع ملك الغير لوكالة أو بدونها مع أن الأول صحيح نافذ والثانى صحيح موقوف . وقد يجاب بأن المراد بيع ماسيملكه قبل ملكه له ثم رأيته كذلك فى الفتح فى أول فصل بيع الفضولى ، وذكر أن سبب النهى فى الحديث ذلك (قوله لبطلان بيع المعدوم) إذ من شرط المعقود عليه : أن يكون موجودا مالا متقوما مملوكا فى نفسه ، وأن يكون ملك

---

(١) (قول الشارح فلو مغلوبا به جاز) فيه أن العذرة وحدها والتراب وحده ليسا بمال فكيف حدثت المالية باجتماعهما . قلت : إن جواز البيع يتبع حل الانتفاع ، وبالخلط يحل الانتفاع وبدونه لا اه ط .

(٢) (قوله وإنما يرخص الخ) كالاستثناء من الحديث ، إذ ظاهره عموم اللعنة للواصلة والمستوصلة ، فاستثنى منه الواصلة بما يتخذ من وبر الإبل فإنه جائز اه .

وماله خطر العدم (لابطريق السلم) فإنه صحيح ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ، ورخص فى السلم (و) بطل (بيع صرّح بنفى الثمن فيه) لانعدام الركن وهو المال ؛
(و) البيع الباطل (حكمه عدم ملك المشترى إياه) إذا قبضه (فلا ضمان لو هلك) المبيع (عنده) لأنه أمانة وصحح فى القنية ضمانه ، قيل وعليه الفتوى . وفيها بيع الحربى أباه أو ابنه ، قيل باطل، وقيل فاسد ؛ وفى وصاياها بيع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش باطل وقيل فاسد ورجح : وفى النتف : بيع المضطر وشراؤه فاسد

البائع فيما يبيعه لنفسه ، وأن يكون مقدور التسليم منح (قوله وماله خطر العدم) كالحمل واللبن فى الضرع(١)فإنه على احتمال عدم الوجود ، وأما بيع نتاج النتاج فهو من أمثلة المعدوم فافهم (قوله لابطريق السلم) فلو بطريق السلم جاز وكذا لو باع ماغصبه ثم أدى ضمانه كما قدمناه أول البيوع (قوله لانعدام الركن وهو المال) أى من أحد الجانبين فلم يكن بيعا ، وقيل ينعقد لأن نفيه لم يصح لأنه نفى العقد فصار كأنه سكت عن ذكر الثمن ، وفيه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض كما يأتى قريبا أفاده فى الدرر (قوله لأنه أمانة) وذلك لأن العقد إذا بطل بقى مجرد القبض بإذن المالك وهو لايوجب الضمان إلا بالتعدى درر (قوله وصحح فى القنية ضمانه الخ) قال فى الدرر وقيل يكون مضمونا لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء ، وهو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فإن رضيت به اشتريته بما ذكر أما إذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لايضمن نص عليه الفقيه أبو الليث ، قيل وعليه الفتوى كذا فى العناية اهـ قال فى العزمية : الذى يظهر من شروح الهداية عود الضميرين فى عليه ، وعليه إلى أن حكم المقبوض على سوم الشراء ذلك تعويلا على كلام الفقيه ، إلا أن القول الثانى فى مسألتنا مرجح على القول الأول اهـ لكن فى النهر واختار السرخسى وغيره أن يكون مضمونا بالمثل أوبالقيمة لأنه لايكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء، وهو قول الأئمة الثلاثة . وفى القنية أنه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب ، وقيل الأول قول أبى حنيفة ، والثانى ، قولهما ، وتمامه فيه (قوله بغبن فاحش) المشهور فى تفسيره أنه ما لايدخل تحت تقويم المقومين (قوله ورجح) رجحه فى البحر حيث قال : ينبغى أن يجرى القولان فى بيع الوقف المشروط استبداله أو الخراب الذى جاز استبداله إذا بيع بغبن فاحش ، وينبغى ترجيح الثانى فيهما لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف اهـ .

قلت وينبغى ترجيح الأول حيث لزم الضرر(٢) بأن كان المشترى مفلسا أو مماطلا تأمل.

مطلب بيع المضطر وشراؤه فاسد

(قوله بيع المضطر وشراؤه فاسد) هو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير ، وكذلك فى الشراء منه كذا فى المنح اهـ ح وفيه لف ونشر غير مرتب ، لأن قوله وكذا فى الشراء منه : أى من المضطر مثال لبيع المضطر أى بأن اضطر إلى بيع شىء من ماله ولم يرض المشترى إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش . ومثاله مالو ألزمه القاضى ببيع ماله لإيفاء دينه أو ألزم الذمى ببيع مصحف أو عبد مسلم ونحو ذلك ، لكن سيذكر المصنف فى الإكراه لو صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع صح . قال الشارح هناك : والحيلة أن يقول من أين أعطى فإذا قال الظالم بع كذا فقد صار مكرها فيه اهـ فأفاد أنه بمجرد المصادرة لايكون مكرها بل يصح بيعه إلا إذا أمره بالبيع مع أنه بدون أمر مضطر إلى البيع

---

(١) (قوله واللبن فى الضرع) أى وكذا التمر والزرع قبل الظهور والبزر فى البطيخ والنوى فى التمر واللحم فى الشاة الحية والشحم والألية فيها وأكارعها ورأسها والشيرج فى السمسم اهـ ط .

(٢) (قوله حيث لزم الضرر) أى إذا تبين لزوم الضرر بإفلاس المشترى أو مطله فيكون هذا تقييدا الترجيح العلامة صاحب البحر اهـ .

(وفسد) بيع (ماسكت) أى وقع السكوت (فيه عن الثمن) كبيعه بقيمته (و) فسد (بيع عرض) هو المتاع القيمى ، ابن كمال (بخمر وعكسه) فينعقد فى العرض لا الخمر كما مر (و) فسد (بيعه) أى العرض (بأم الولد والمكاتب والمدبر حتى لو تقابضا ملك المشترى) للعرض (العرض) لما مر أنهم مال فى الجملة (و) فسد (بيع سمك لم يصد) لو بالعرض وإلا فباطل لعدم الملك صدر الشريعة (أو صيد ثم ألقى فى مكان لا يؤخذ منه إلا بحيلة) للعجز عن التسليم (وإن أخذ بدونها صح) وله خيار الرؤية (إلا إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله) فلو سده ملكه(١)

حيث لا يمكنه غيره وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغبن فاحش عن ثمن المثل نعم العبارة مطلقة فيمكن تقييدها بأنه إنما يصح لو باع بثمن المثل أو غبن يسير توفيقا بين العبارتين فتأمل :

مطلب فى البيع الفاسد

(قوله وفسد الخ) شروع فى البيع الفاسد بعد الفراغ من الباطل وحكمه (قوله ماسكت فيه عن الثمن) لأن مطلق البيع يقتضى المعاوضة فإذا سكت كان غرضه القيمة فكأنه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل درر : أى بخلاف ما إذا صرح بنفى الثمن كما قدمه قريبا (قوله وعكسه) أى بيع الخمر بالعرض ، بأن أدخل الباء على العرض فينعقد فى العرض أى لأنه أمكن اعتبار الخمر ثمنا وهى مال فى الجملة ، بخلاف بيع العرض بدم أو ميتة (قوله كما مر) أى فى قوله وإن بيعت بعين كعرض بطل فى الخمر وفسد فى العرض فيملكه بالقبض بقيمته ، وهذا فى حق المسلم كما قدمناه (قوله ملك المشترى للعرض) قيد به لأن المشترى لأم الولد وأخويها لا يملكهم بالقبض لبطلان بيعهم بقاء كما مر (قوله لما مر أنهم مال فى الجملة) أى فيدخلون فى العقد ولذا لا يبطل العقد فما ضم إلى واحد منهم وبيع معهم ، ولو كانوا كالحر لبطل كما فى الدرر (قوله وفسد بيع سمك لم يصدلو بالعرض الخ) ظاهره أن الفاسد بيع السمك وأنه يملك بالقبض . وفيه أن بيع ماليس فى ملكه باطل كما تقدم ، لأنه بيع المعدوم والمعدوم ليس بمال فينبغى أن يكون بيعه باطلا ، وأن يكون الفاسد هو بيع العرض لأنه مبيع من وجه وإن دخلت عليه الباء ويكون السمك ثمنا فيصير كأنه باع العرض وسكت عن الثمن أو باعه بأم الولد ، بل يمكن أن يقال إن بيع العرض أيضا باطل لأن السمك ليس بمال فيكون كبيع العرض بميتة أودم ، لكن جعله كأم الولد أظهر لأنه مال فى الجملة ، فإنه لو صادة بعده ملكه ، نعم هذا يظهر لو باع سمكة بعينها قبل صيدها ، أما لو كانت غير معينة ثم صاد سمكة لم تكن عين ماجعلت ثمن العرض حتى يقال إنها ملكت بالصيد .

والحاصل أنه لو باع سمكة مطلقة بعرض ينبغى أن يكون البيع باطلا من الجانبين كبيع ميتة بعرض أوعكسه ولو كانت السمكة معينة بطل فيها لأنها غير مملوكة ، وفسد فى العرض لأن السمكة مال فى الجملة ، ومثلها مالوكان البيع على لحم سمك لأنه مثلى ، ولو باعها بدراهم بطل البيع لتعين كونها مبيعة وهى غير مملوكة ، هذا ماظهرلى فى تقرير هذا المحل ، ولم أر من تعرض لشىء منه (قوله صدر الشريعة) حيث قال : ففى السمك الذى لم يصد ينبغى أن يكون البيع باطلا إذا كان بالدراهم والدنانير ، ويكون فاسدا إذا كان بالعرض لأنه مال غير متقوم لأن التقوم الإحراز والإحراز منتف (قوله وله خيار الرؤية) ولا يعتد برؤيته وهو فى الماء لأنه يتفاوت فى الماء وخارجه شرنبلالية (قوله إلا إذا دخل بنفسه الخ) استثناء منقطع من قوله وإن أخذ بدونها صح ، يعنى أنه لو صيد فألقى فى مكان يؤخذ منه بدون حيلة كان صحيحا ، وأما إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله يكون باطلا لعدم الملك بقرينة قوله فلو سده ملكه فافهم (قوله فلو سده ملكه) أى فيصح بيعه إن أمكن أخذه بلا حيلة وإلا فلا لعدم القدرة على التسليم :

---

(١) (قول الشارح فلو سده ملكه) أى لأن السد فعل اختيارى موجب للملك كما لو وقع فى شبكته وفى شرح الواف لا يجوز بيعه لأن السد ليس بإحراز فصار كطير وقع فى بيت إنسان فسد الباب والكوة فإنه لا يصير محرزا له مالم يأخذه اهـ ط عن نوح أفندى .

ولم تجز إجارة بركة ليصاد منها السمك بحر (و) بيع (طير فى الهواء(١) لا يرجع) بعد إرساله من يده ، أما قبل صيده فباطل أصلا لعدم الملك (وإن) كان (يطير ويرجع) كالحمام (صح) وقيل لا ورجحه فى النهر

والحاصل كما فى الفتح أنه إذا دخل السمك فى حظيرة : فإما أن يعدها لذلك أولا ففى الأول يملكه وليس لأحد أخذه ثم إن أمكن أخذه بلاحيلة جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم وإلا لم يجز لعدم القدرة على التسليم : وفى الثانى لايملكه فلا يجوز بيعه لعدم الملك إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحينئذ يملكه ، ثم إن أمكن أخذه بلاحيلة جاز بيعه وإلا فلا وإن لم يعدها لذلك لكنه أخذه وأرسله فيها ملكه ، فإن أمكن أخذه بلاحيلة جاز بيعه لأنه مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لأنه وإن كان مملوكا فليس مقدور التسليم اه :

مطلب فى حكم إيجار البرك للاصطياد

(قوله ولم تجز إجارة بركة الخ) قال فى النهر : اعلم أن فى مصر بركا صغيرة كبركة الفهادة تجتمع فيها الأسماك هل تجوز إجارتها لصيد السمك منها نقل فى البحر عن الإيضاح عدم جوازها . ونقل أولا عن أبى يوسف فى كتاب الخراج عن أبى الزناد قال : كتبت إلى عمر بن الخطاب فى بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أنؤجرها؟ فكتب إلى أن افعلوا ، وما فى الإيضاح بالقواعد الفقهية أليق اه . ونقل فى البحر أيضا عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن حماد عن عبد الحميد بن عبد الرحمن أنه كتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام ، فكتب إليه عمر إنه لا بأس به وسماه الحبس اه . ثم قال فى البحر : فعلى هذا لا يجوز بيع السمك فى الآجام إلا إذا كان فى أرض بيت المال ، ويلحق به أرض الوقف . وقال الخير الرملى : أقول : الذى علم مما تقدم عدم جواز البيع مطلقا سواء كان فى بحر أو نهر أو أجمة ، وهو بإطلاقه أعم من أن يكون فى أرض بيت المال أو أرض الوقف ، وما تقدم عن كتاب الخراج غير بعيد أيضا عن القواعد ، ومرجعه إلى إجارة موضع مخصوص لمنفعة معلومة هى الاصطياد ، وما حدث أبو حنيفة عن حماد مشكل فإنه بيع السمك قبل الصيد : ويجاب بأنه فى آجام هيئت لذلك وكان السمك فيها مقدور التسليم ، فتأمل واعتن بهذا التحرير فإن المسألة كثيرة الوقوع ويكثر السؤال عنها اه ، لكن قوله غير بعيد الخ فيه نظر ، لأن الإجارة واقعة على استهلاك العين ، وسيأتى التصريح بأنه لا يصح إجارة المراعى وهذا كذلك ، ولذا جزم المقدسى بعدم الصحة . واعترض البحر بما قلنا ، والله أعلم (قوله وبيع طير) جمع طائر ، وقد يقع على الواحد والجمع طيور وأطيار بحر عن القاموس (قوله لا يرجع بعد إرساله من يده) أشار إلى أنه مملوك له ولكن علة الفساد كونه غير مقدور التسليم ، فلو سلمه بعد البيع لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ . وعلى قول الكرخى يعود ، وكذا عن الطحاوى ؛ وأطلقه فشمل ما إذا كان الطير مبيعا أو ثمنا بحر (قوله أما قبل صيده فباطل أصلا) ينبغى أن يجرى فيه الكلام الذى ذكرناه فى السمك (قوله صح) ذكره فى الهداية والخانية ، وكذا فى الذخيرة عن المنتقى بحر . قال فى الفتح لأن المعلوم عادة كالواقع ، وتجويز كونها لا تعود أو عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ، ثم إذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ اه (قوله وقيل لا) فى البحر والشرنبلالية أنه ظاهر الرواية (قوله ورجحه فى النهر) حيث ذكر ما مر عن الفتح ثم قال : وأقول فيه نظر لأن من شروط صحة البيع القدرة على التسليم عقبه ولذا يجز بيع الآبق اه .

---

(١) (قول الشارح فى الهواء) هو بالمد : الجسم المسخر بين السماء والأرض والجمع أهوية . وقد قيل إنه الدنيا ، ويقال على الهواء الخالى . والهوى : بالقصر ميل النفس نحو الشىء ، ثم استعمل فى ميل مذموم ، يقال اتبع هواه وهو من أهل الهوى اه نوح أفندى .

(و) بيع (الحمل) أى الجنين ، وجزم فى البحر ببطلانه كالنتاج (وأمة إلا حملها) لفساده بالشرط ، بخلاف هبة ووصية (ولبن فى ضرع)

قال ح : أقول : فرق مابين الحمام الآبق فإن العادة لم تقض بعوده غالبا ، بخلاف الحمام ، وما ادعاه من اشتراط القدرة على التسليم عقبه ، إن أرادبه القدرة حقيقة فهو ممنوع وإلا لاشترط حضور المبيع مجلس العقد وأحد لا يقول به وإن أراد به القدرة حكما كما ذكره بعد هـذا ، فما نحن فيه كذلك لحكم العادة بعوده اه :

قلت : وهو وجيه فهو نظير العبد المرسل فى حاجة المولى فإنه يجوز بيعه ، وعللوه بأنه مقدور التسليم وقت العقد حكما إذ الظاهر عوده ، ولو أبق بعد البيع قبل القبض خير المشترى فى فسخ العقد كما فى البحر وهنا كذلك ، لكن لينظر متى يحكم بفسخ العقد لعدم عود ذلك الطائر فإنه مادام محتمل الحياة يحتمل عوده :

[تنبيه] فى الذخيرة : باع برج حمام ، فإن ليلا جاز ، واو نهارا فلا لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتيال اه . والظاهر أنه مبنى على ظاهر الرواية تأمل ، وفيه ألغز بعضهم فقال :

يا إماما فى فقه نعمان أضحى   حائز السبق مفردا لايجارى

أى بيت يجوز بيعك إيا   ه بليل ولا يجوز نهارا ؟

(قوله وبيع الحمل) بسكون الميم (قوله وجزم فى البحر ببطلانه) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ، ولما فيه من الغرر وتقدم أن بيع الثلاثة باطل (١) واعترض فى اليعقوبية التعليل بالغرر: وهو الشك فى وجوده بأنه ينبغى عليه أن لايجوز بيع الشىء الملفوف الموصوف . لأنه يحتمل أن لايوجد شىء أو وصفه المذكور مع تصريحهم بجوازه اه .

قلت : فيه أنه لا غرر فيه لأنه يسهل الاطلاع عليه ، بخلاف الحمل فتدبر : وفى البحر عن السراج : فلو باع الحمل وولدت قبل الافتراق وسلم لايجوز (قوله لفساده بالشرط) لأن مالا يصح إفراده بالعقد لايصح استثناؤه منه ، والحمل لايجوز إفراده بالبيع فكذا استثناؤه لأنه بمنزلة الأطراف فصار شرطا فاسدا ، وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع :

مطلب استثناء الحمل فى العقود على ثلاث مراتب

ثم استثناء الحمل فى العقود على ثلاث مراتب .

فى وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والإجارة والرهن لأنها تبطلها الشروط الفاسدة :

وفى وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد :

وفى وجه يجوزان وهو الوصية ، كما لو أوصى بجارية إلا حملها ، وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح ، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فى الحمل فكذا الوصية ، بخلاف الخدمة زيلعى ملخصا أى لو أوصى له بأمة إلا خدمتها لايصح الاستثناء ، لأن الميراث لايجرى فيها والغلة كالخدمة بحر (قوله بخلاف هبة ووصية) أى حيث يصح العقد

---

(١) (قوله وتقدم أن بيع الثلاثة باطل) أى فى قول المصنف والمضامين والملاقيح والنتاج ، وفسر الشارح هناك الملاقيح بما فى البطن فيخالف ماهنا ، لكن تقدم حمله على مافى البطن من المنى قبل أن يطلق عليه اسم الحمل ، وحينئذ فلامخالفة لاختلاف الموضوع اه .

وجزم البرجندى ببطلانه (ولؤلؤ فى صدف) للغرر (وصوف على ظهر غنم) وجوّزه الثانى ومالك . وفى المعراج : لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم ينقلب صحيحا ، وكذا كل ما اتصاله خلقى كجلد حيوان ونوى تمر وبن وبطيخ ، لما مر أنه معدوم عرفا ، وإنما صححوا بيع الكرات

فيهما ، لكن الاستثناء باطل فى الهبة جائز فى الوصية كما علمت فافهم (قوله وجزم البرجندى ببطلانه) قال صدر الشريعة : ذكروا فى فساده علتين : إحداهما أنه لا يعلم أنه لبن أودم أوريح ، وهذه تقتضى بطلان البيع لأنه مشكوك الوجود فلا يكون مالا ، والأخرى أن اللبن يوجد شيئا فشيئا فيختلط ملك المشترى بملك البائع اه أى وهذه تقتضى الفساد ط .

قلت : مقتضى الفساد لاينافى مقتضى البطلان بل بالعكس ، لأن مايقتضى البطلان يدل على عدم المشروعية أصلا(١) فلذا جزم ببطلانه فتأمل (قوله للغرر) لأنه لايعلم وجوده ، وينبغى أن يكون باطلا للعلة المذكورة ، فهو مثل اللبن رملى .

قلت : ويؤيده ما فى التجنيس : رجل اشترى لؤلؤة فى صدف قال أبو يوسف البيع جائز ، وله الخيار إذا رآه وقال محمد البيع باطل(٢) وعليه الفتوى اه قال الزيلعى بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب فى غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضا اه قال فى النهر وينبغى أن يكون من ذلك الجوز الهندى (قوله وصوف على ظهر غنم) للنهى عنه ولأنه قبل الجز ليس بمال متقوم فى نفسه لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه ولأنه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا فى اللبن زيلعى (قوله وجوزه الثانى) هو رواية عنه كما فى الهداية (قوله لم ينقلب صحيحا) مقتضاه أنه وقع باطلا(٣) وإلا صح بزوال المفسد كما سيتضح فى بيع الآبق وهو أيضا مقتضى التعليل بأنه ليس بمال متقوم فكان على المصنف ذكره فى الباطل (قوله وكذا كل ما اتصاله خلقى) بخلاف اتصال الجذع والثوب فإنه بصنع العباد ابن ملك (قوله لما مر أنه معدوم عرفا) أى مر فى فصل ما يدخل فى البيع تبعا عند قوله كبيع برّ فى سنبله ، وبيناه هناك بأنه يقال هذا تمر وقطن ، ولا يقال هذا نوى فى تمره ولا حب فى قطنه ، ويقال هذه حنطة فى سنبلها وهذا لوز وفستق فى قشره ، ولا يقال هذه قشور فيهما لوز (قوله وإنما صححوا الخ) جواب عما استدل به أبو يوسف من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم كما فى الكراث وقوائم الخلاف ، بالكسر وتخفيف اللام نوع من الصفصاف أى مع أنها تزيد . والجواب كما فى الزيلعى أنه أجيز فى الكراث والقوائم للتعامل ، إذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه اه . وأيضا فالقوائم تزيد من أعلاها أى فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره ، بخلاف الصوف ويعرف ذلك بالخضاب كما أفاده الزيلعى . وفى البحر من فصل فيما يدخل فى البيع تبعا

---

(١) (قوله أصلا) أى ووصفا والفساد يقتضى عدم مشروعية الوصف ، فهو يؤكد مقتضى البطلان من جهة إفادته عدم مشروعية الوصف ينقلب صحيحا ، ابن كمال لا ينافيه . هذا معنى كلام المحشى . وفيه أن الفساد كما يقتضى عدم مشروعية الوصف كذلك يقتضى مشروعية الأصل ، والبطلان يقتضى عدم تلك المشروعية فكيف لاينافيه ؟ ولعل المحشى نظر إلى أن مشروعية الأصل فى الفساد مسكوت عنها لكن يعكر عليه ملاحظتها فى الشق الثانى فتأمل اه .

(٢) (قوله باطل) أى للجهل وعدم القدرة على الاطلاع ، إذ لايمكن الاطلاع إلا بكسر الصدف ، وفى ذلك ضرر على صاحبه ، إذ يحتمل أن لايوافق رغبة المشترى . وقال أبو يوسف : لاضرر فى كسر الصدف ، إذ لاينتفع به إلا بالكسر فكان مثل غلاف الحبوب اه .

(٣) (قوله مقتضاه أنه وقع باطلا) فيه أنه نقل الخلاف بين الكرخى والبلخيين فى عود بيع الطير المرسل صحيحا بتسليمه مع الاتفاق على فساده ، فكيف يكون القول بعدم الانقلاب إلى الصحة مقتضيا البطلان حتى يتفرع إلزام المصنف بذكره فى الباطل ، ثم هذا يتفرع على التعليل بأنه ليس بمال متقوم ، إذ مقتضاه البطلان اه .

وشجر الصفصاف وأوراق التوت بأغصانها للتعامل . وفى القنية : باع أوراق توت(١) لم تقطع قبله بسنة جاز وبسنتين لا ، لأنه يشتبه موضع قطعه عرفا (وجذع) معين (فى سقف) أما غير المعين فلا (وذراع من ثوب يضره التبعيض) فلو قطع وسلم قبل فسخ المشترى عاد صحيحا ، ولو لم يضره القطع ككرباس جاز لانتفاء المانع (وضربة القانص) بقاف ونون الصائد

عن الظهيرية : اشترى رطبة من البقول أو قثاء أو شيئا ينمو ساعة فساعة لايجوز كبيع الصوف وبيع قوائم الخلاف يجوز وإن كان ينمو لأن نموها من الأعلى ، بخلاف الرطبات إلا الكراث للتعامل وما لاتعامل فيه لا يجوز اه .

قلت : وقوله للتعامل علة لقوله إلا الكراث فقط ، وإلا فكون قوائم الخلاف تنمو من الأعلى ، بخلاف الرطبات يفيد الجواز بلا حاجة إلى التعليل بالتعامل . وذكر فى البحر هنا عن الفضلى تصحيح عدم الجواز فى قوائم الخلاف لأنه وإن كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول ، كمن اشترى شجرة للقطع لايجوز لجهالة موضع القطع لكن فى الفتح أن منهم من منع إذ لابد للقطع من حفر الأرض ، ومنهم من أجاز للتعامل . وفى الصغرى القياس فى بيع القوائم المنع ، لكن جاز للتعامل ، وبيع الكراث يجوز وإن كان ينمو من أسفله للتعامل أيضا ، وبه يحصل الجواب عما استدل به الفضلى على المنع فى القوائم لمن تأمل نهر (قوله وشجر الصفصاف) أى قوائم شجره أى أغصانه (قوله وفى القنية باع أوراق توت) أى مع أغصانها . قال فى القنية : اشترى أوراق التوت ولم يبين موضع القطع لكنه معلوم عرفا صح ، ولو ترك الأغصان له أن يقطعها فى السنة الثانية ، ولو باع أوراق توت لم يقطع قبل بسنة يجوز ، وبسنتين لا يجوز لأنه بسنة يعلم موضع قطعها عرفا اه (قوله وجذع) هو القطعة من النخل أو غيره توضع عليها الأخشاب نهر ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر ، ولو لم يكن معينا لايجوز أيضا لما ذكرنا وللجهالة أيضا هداية ، فقوله معين ليس للاحتراز عن الفساد بل لما ذكره بعده (قوله أما غير المعين الخ) الأولى ذكره بعد قوله فلو قطع وسلم ط (قوله فلا ينقلب صحيحا) قال فى النهر : وذكر الزاهدى عن شرح الطحاوى أنه فى غير المعين لا ينقلب بالتسليم صحيحا ، وجزم به فى إيضاح الإصلاح ، وهو ضعيف لأنه فى غير المعين معال بلزوم الضرر والجهالة فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضا ، ومن ثم جزم فى الفتح لأنه يعود صحيحا اه .

قلت : والذى نقله العلامة نوح عن الزاهدى عن شرح مختصر الطحاوى عكس مانقله عنه فى النهر فليراجع ، نعم عبارة ابن كمال فى إيضاح الإصلاح أن غير المعين لايعود صحيحا ، وعزاه إلى الزاهدى فى شرح القدورى (قوله يضره التبعيض) كالثوب المهيأ للبس زيعلى ، وأشار المصنف إلى عدم جواز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه ، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ، وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للضرر فى تسليم ذلك ، ولا اعتبار بما التزمه من الضرر لأنه إنما التزم العقد ولا ضرر فيه بحر وفتح . وفى بيع نصف الزرع ونحوه كلام طويل قدمناه أول كتاب الشركة (قوله جاز) كما يجوز بيع قفيز من صبرة بحر (قوله لانتفاء المانع) علة للمسألتين (قوله وضربة القانص) من قنص قنصا على حد ضرب صاد كما فى الصحاح

---

(١) (قول الشارح باع أوراق توت) أى بأغصانها ، وقوله لم تقطع : أى أغصانها ، فضمير لم تقطع إلى الا أغصان وإن لم تذكر ، وجملة لم تقطع صفة أوراق ، وقوله جاز وجهه أن موضع المقطع معلوم عرفا ، وقوله سنتين أى إذا كانت الأغصان قبل وقت البيع بسنتين ، والمسألة بحالها لايجوز البيع لاشتباه محل القطع اه ط .

(والغائص) بغين معجمة الغواص ، والبيع فيهما باطل للغرر بحر ونهر والكمال وابن الكمال . قال المصنف : وقد نظمه منلا خسرو فى سلك المقاصد فتبعته فى المختصر ، ويجب أن يراد به الباطل لأنه مما ليس فى ملكه كما مر (والمزابنة) هى بيع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله تقديرا شروح مجمع ، ومثله العنب بالزبيب عناية للنهى ولشبهة الربا . قال المصنف : فلو لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس (والملامسة) للسلعة (والمنابذة) أى لبذها للمشترى (وإلقاء الحجر) عليها ، وهى من بيوع الجاهلية فنهى عنها كلها عينى

بأن يقول بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا نهر (قوله والغائص) بأن يقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللآلىء فهو لك بكذا كما فى تهذيب الأزهرى ، ومقتضاه المباينة بين القانص بالقاف والغائص بالغين ، وفسر الزيلعى ضربة القانص بالقاف بما يخرج من الصيد بضربة الشبكة أو بغوص الصائد فى الماء . قال فى النهر : وهذا يوهم شمول القانص بالقاف للغائص والواقع ما قد علمته . وجعل فى السراج القانص صياد البر والغائص صياد البحر ؛ والحق أن الصائد بالآلة وهو القانص بالقاف أعم من كونه فى البحر أو البر بخلاف الغائص اهـ ؛

وحاصله أن القانص بالقاف من يصطاد (١) الصيد برا أو بحرا ، وأما الغائص بالغين فهو من يغوص لاستخراج اللآلىء مثلا (قوله كما مر) أى فى قول المصنف وبيع ماليس فى ملكه (قوله والمزابنة) من الزبن : وهو الدفع لأنها تؤدى إلى النزاع والمدافعة كما فى البحر عن الفائق (قوله مثل كيله تقديرا) أى بأن يقدر الرطب الذى على النخل بمقدار مائة صاع مثلا بطريق الظن والحزر فيبيعه بقدره من التمر (قوله ومثله العنب) أى على الكرم (قوله ولشبهة الربا) لأنه بيع مكيل بمكيل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل (قوله فلو لم يكن) أى مابيع بالتمر المقطوع ؛

قال فى البحر : ثم اعلم أن تعريف المزابنة بأنها بيع الثمر بالتمر : أى بالمثلثة فى الأول والمثناة فى الثانى خلاف التحقيق ، والأولى أن يقال بيع الرطب بتمر الخ لأن الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا أو غيره ، وإذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس ، ولو كان الرطب على الأرض كالتمر لم يجز بيعه متساويا عند العلماء إلا أبا حنيفة لما سيأتى فى باب الربا اهـ (قوله فنهى عنها كلها) فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة » زاد مسلم(٢) أما الملامسة : فأن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية ، وهذا بأن يكون مثلا فى ظلمة أو يكون الثوب مطويا مرئيا يتفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه منه ، وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس ؛

والمنابذة : أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولا ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا ، وهذه كانت بيوعا يتعارفونها فى الجاهلية ؛ وكذا إلقاء الحجر أن يأتى حصاة وثمة أثواب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ، ولابد أن يسبق تراوضهما على الثمن ، ولا فرق بين كون المبيع معينا أو غير معين : ومعنى النهى مافى كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فإنه فى معنى إذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو إذا لبذته أو لمسته كذا فى الفتح : وذكر فى الدرر أن النهى عن إلقاء الحجر ألحق

---

(١) (قوله من يصطاد الخ) أى بالآلة ، وقوله من يغوص : أى بنفسه ، ففيهما التباين اهـ .

(٢) (قوله زاد مسلم) أى أشياء أخر ذكرها فى الفتح ، فمفعول زاد محذوف ، وقوله أما الملامسة الخ تفسير لما وقع فى الحديث لامفعول زاد كما وهم اهـ .

لوجود القمار ، فكانت فاسدة إن سبق ذكر الثمن بحر (و) ببيع (ثوب من ثوبين) أو عبد من عبدين لجهالة المبيع ، فلو قبضهما وهلكا معا ضمن نصف قيمة كل إذ الفاسد معتبر بالصحيح ولو مرتبين ، فقيمة الأول لتعذر رده والقول للضامن ، وهذا إذا لم يشترط خيار التعيين ، فلو شرط أخذ أيهما شاء جاز لما مر (والمراعى) أى الكلأ (وإجارتها) أما بطلان بيعها فلعدم الملك لحديث «الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار»

بالأولين دلالة (قوله لوجود القمار) أى بسبب تعليق التمليك بأحد هذه الأفعال اهـ ح (قوله إن سبق ذكر الثمن) عبارة البحر: ولابد فى هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن اهـ أى لتكون علة الفساد ماذكر وإلا كان الفساد لعدم ذكر الثمن إن سكتا عنه ، لما مر أن البيع مع نفى الثمن باطل ومع السكوت عنه فاسد (قوله وثوب من ثوبين) قيد بالقيمى ، إذ بيع المبهم فى المثلى جائز كقفيز من صبرة (قوله ضمن نصف قيمة كل) لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم البيع الفاسد والآخر أمانة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الأمانة والضمان بحر (قوله إذ الفاسد معتبر بالصحيح) أى ملحق به فإنه لو كان البيع صحيحا بأن يقبض ثوبين على أنه بالخيار فى أحدهما صح ، فإذا هلكا ضمن نصف ثمن كل واحد والقيمة فى الفاسد كالثمن فى البيع الصحيح كما فى البحر (قوله لتعذر رده) أى رد ماهلك أولا فتعين مضمونا بحر (قوله والقول للضامن) أى فى تعيين الهالك ، وذلك بأن اختلف الثوبان أو العبدان وادعى الضامن أن الهالك هو الأقل قيمة وعكس الآخر ، ولو برهنا فبرهان البائع أولى فيما يظهر كما قدمنا التصريح به فى خيار التعيين (قوله وهذا) أى الفساد فيما إذا باع ثوبين مثلا (قوله إذا لم يشترط خيار التعيين) أى فيما دون الأربعة ، وقول البحر فيما دون الثلاثة فيه قصور (قوله فلو شرط أخذ أيهما شاء) بنصب أخذ مصدرا على أنه مفعول به لشرط ، بأن قال بعتك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا ، وتقدم ذكر المسألة بفروعها فى خيار الشرط فتح (قوله لما مر) أى فى باب خيار الشرط والتعيين (قوله والمراعى) فى المصباح: الرعى بالكسر والمرعى بمعنى واحد ، وهو ماترعاه الدواب والجمع المراعى بحر (قوله أى الكلأ) فسرها بالكلإ دفعا لوهم أن يراد مكان الرعى فإنه جائز فتح: أى إذا كان مملوكا كما لايخفى .

والكلأ كجبل: العشب رطبه ويابسه قاموس. قال فى البحر: ويدخل فيه جميع أنواع ماترعاه المواشى رطبا كان أو يابسا ، بخلاف الأشجار ، لأن الكلأ مالاساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه ، حتى يجوز بيعها إذا نبتت فى أرضه لكونها ملكه والكمأة كالكلإ اهـ (قوله أما بطلانها (١)) هذا مخالف لسوق كلام المصنف ، لأن كلامه فى ذكر الفاسد ، فمراده أن بيعها فاسد ، وبه صرح فى شرحه ، نعم قال بعد ذلك: وصرح منلا خسرو بفساد هذا البيع ، وصرح فى شرح الوقاية ببطلانه وعلله بعدم الإحراز اهـ فكان المناسب شرح كلامه على وفق مرامه مع بيان القول الآخر ، وكأن الشارح لما رأى القول بالفساد معللا بعدم الملك حمله على أن المراد به البطلان ، لأن بيع ما لايملك باطل كما علم مما مر لكنه لايوافق غرض المصنف كما علمت (قوله فلعدم الملك) لاشتراك الناس فيه اشتراك إباحة لاملك ، ولأنه لايحصل للمشترى فيه فائدة لأنه لايتملكه بدون بيع فتح (قوله لحديث الناس شركاء فى ثلاث) أخرجه الطبرانى بلفظ «المسلمون شركاء فى ثلاث» الخ ، وكذا أخرجه ابن ماجه وفى آخره «وثمنه حرام» أى ثمن كل واحد منها ، وأخرجه أبو داود وأحمد وابن أبى شيبة وابن عدى: قال الحافظ ابن حجر: ورجاله ثقات لوح أفندى ، ومعنى الشركة فى النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب لا أخذ الجمر

---

(١) (قوله أما بطلانها) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح: أما بطلان بيعها ، وهو المناسب لمقابلة قوله بعد وأما بطلان إجارتها ، وليحرر اهـ مصححه .

وأما بطلان إجارتها فلأنها على استهلاك عين ابن كمال ، وهذا إذا نبت بنفسه وإن أنبته بسقى وتربية ملكه وجاز بيعه عينى ، وقيل لا. قال وبيع القصيل والرطبة على ثلاثة أوجه إن ليقطعه أو ليرسل دابته فتأكله جاز (١) وإن ليتركه لم يجز ، وحيلته أن يستأجر الأرض لضرب فسطاطه أو لإيقاف دوابه أو لمنفعة أخرى كمقيل ومراح ، وتمامه فى وقف الأشباه .

إلا بإذن صاحبه ، وفى الماء سقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة ، وفى الكلإ الاحتشاش ولو فى أرض مملوكة غير أن لصاحب الأرض المنع من دخوله ، ولغيره أن يقول إن لى فى أرضك حقا فإما أن توصلنى إليه أو تحشه أو تستقى وتدفعه لى ، وصار كثوب رجل وقع فى دار رجل إما أن يأذن للمالك فى دخوله ليأخذه ، وإما أن يخرجه إليه فتح ملخصا (قوله وأما بطلان إجارتها) ماذكره عن ابن الكمال من بطلان إجارتها مخالف لسوق كلام المصنف أيضا . وقال فى فتح القدير : وهل الإجارة فاسدة أو باطلة ذكر فى الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه اه . قال فى النهر : فيحتاج إلى الفرق بين البيع والإجارة اه (قوله وهذا) أى بطلان بيع الكلإ (قوله وقيل لا) أى لا يملكه ، وهو اختيار القدورى لأن الشركة ثابتة ، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء ليس بحيازة وعلى الجواز أكثر المشايخ ، واختاره الشهيد : قال فى الفتح : وعليه فلقائل أن يقول ينبغى أن حافر البئر يملك الماء بتكلفه الحفر والطى لتحصيل الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقى وإن لم يكن فى أرض مملوكة له اه :

وأقول : يمكن أن يفرق بينهما بأن سقى الكلأ كان سببا فى إنباته فنبت ، بخلاف الماء فإنه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر نهر :

مطلب صاحب البئر لا يملك الماء

وقال الرملى : إن صاحب البئر لا يملك الماء كما قدمه فى البحر فى كتاب الطهارة فى شرح قوله وانتفاخ حيوان عن الولوالجية فراجعه ، وهذا مادام فى البئر ، أما إذا أخرجه منها بالاحتيال كما فى السوانى فلاشك فى ملكه له لحيازته له فى الكيزان ثم صبه فى البرك بعد حيازته تأمل ، ثم حرر الفرق بين مافي البئر وما فى الحباب والصهاريج الموضوعة فى البيوت لجمع ماء الشتاء بأنها أعدت لإحراز الماء فيملك مافيها ، فلو آجر الدار لا يباح للمستأجر ماؤها إلا بإباحة المؤجر اه ملخصا (قوله قال) أى العينى (قوله وبيع القصيل والرطبة) فى المصباح قصلته قصلا من باب ضرب قطعته فهو قصيل ومقصود ، ومنه القصيل : وهو الشعير يجز إذا اخضر لعلف الدواب والرطبة الغضة خاصة قبل أن يجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب ، والرطب وزان قفل : المرعى الأخضر من بقول الربيع: وبعضهم يقول الرطبة وزان غرفة : الخلا ، وهو الغض من الكلإ (قوله وحيلته) أى حيلة جواز بيع الكلإ وكذا إجارته ، قال فى البحر : والحيلة فى جواز إجارته أن يستأجرها أرضا لإيقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر مايريد صاحبه من الثمن أو الأجرة فيحصل به غرضهما اه : وفى الفتح : والحيلة أن يستأجر الأرض ليضرب فيها فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما (قوله كمقيل ومراح) المقيل : مكان القيلولة ، وهى النوم نصف النهار. والمراح : بالضم (١) حيث تأوى الماشية بالليل وبالفتح اسم الموضع .

---

(١) (قول الشارح فتأكله جاز) أى لاقتضاء العقد هذا الشرط ، وقوله وإن ليتركه لم يجز : أى لعدم اقتضاء العقد له اه ط .

(٢) (قوله والمراح بالضم) أى من أراح إبله : ردها المأوى وفتح الميم بهذا المعنى خطأ ، بل هو اسم مكان من راح بدون ألف لأن اسم المكان والزمان والحدث من أراح مفعل بالضم لاغير وبدون ألف بالفتح اه وبهذا تعلم مافى عبارة المحشى اه .

(ويباع دود القز) أى الإبريسم (وبيضه) أى بزره ، وهو بزر الفيلق الذى فيه الدود (والنحل) المحرز ، وهو دود العسل ، وهذا عند محمد ، وبه قالت الثلاثة ، وبه يفتى عينى وابن ملك وخلاصة وغيرها . وجوّز أبو الليث بيع العلق ، وبه يفتى للحاجة مجتبى (بخلاف غيرهما من الهوام) فلا يجوز اتفاقا كحيات وضب وما فى بحر كسرطان ، إلا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه :

مطلب فى بيع دودة القرمز

(قوله أى الإبريسم) فى المصباح : القز معرب . قال الليث : هو مايعمل منه الإبريسم ، ولهذا قال بعضهم القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق اه . وأما الخز فاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها بحر (قوله أى بزره) أى البزر الذى يكون منه الدود قهستانى ، وهو بالزاى . قال فى المصباح : بذرت الحب بذرا أى بذال معجمة من باب قتل : إذا ألقيته فى الأرض للزراعة . والبذر : المبذور . قال بعضهم : البذر فى الحبوب كالحنطة والشعير : والبزر : أى بالزاى فى الرياحين والبقول ، وهذا هو المشهور فى الاستعمال . ونقل عن الخليل كل حب يبذر فهو بذر وبزر ثم قال فى اجتماع الباء مع الزى البزر من البقل ونحوه بالكسر والفتح لغة ، وقولهم لبيض الدود بزر القز مجاز على التشبيه ببزر البقل لصغره (قوله وهو بزر الفيلق) هو المسمى الآن بالشرانق (قوله المحرز) قال فى البحر : وهو معنى ما فى الذخيرة إذا كان مجموعا لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار (قوله وهذا) أى ماذكره المصنف من جواز بيع الثلاث : وأما اقتصار صاحب الكنز على جواز الأولين دون النحل فلعل وجهه كما أفاده الخير الرملى أن إحرازه متعسر فترجح عنده قولهما : ولذا قال بعضهم يجوز بيعه ليلا لانهارا لتفرقه حال النهار فى المراعى . وأما اعتذار البحر عنه بأنه لعله لم يطلع على أن الفتوى على قول محمد فهو بعيد (قوله ببيع العلق) فى المصباح : العلق شىء أسود شبيه الدود يكون فى الماء يعلق بأفواه الإبل عند الشرب (قوله وبه يفتى للحاجة) فى البحر عن الذخيرة إذا اشترى العلق الذى يقال له بالفارسية مرعل يجوز ، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس إليه لتموّل الناس له اه :

أقول : العلق فى زماننا يحتاج إليه للتداوى بمصه الدم ، وحيث كان متمولا لمجرد ذلك دل على جواز بيع دودة القرمز فإن تموّلها الآن أعظم إذ هى من أعز الأموال ، ويباع منها فى كل سنة قناطير بثمن عظيم ، ولعلها هى المرادة بالعلق فى عبارة الذخيرة بقرينة التعليل ، فتكون مستثناة من بيع الميتة كما قدمناه ، ويؤيده أن الاحتياج إليه للتداوى لايقتضى جواز بيعه كما فى لبن المرأة وكالاحتياج إلى الخرز بشعر الخنزير فإنه لايسوغ بيعه كما يأتى ، فعلم أن المراد به علق خاص متمول عند الناس وذلك متحقق فى دود القرمز ، وهو أولى من دود القز وبيضه فإنه ينتفع به فى الحال ودود القز فى المآل ، والله سبحانه أعلم (قوله من الهوام) جمع هامة مثل دابة ودواب : وهى ماله سم يقتل كالحية قالة الأزهرى : وقد يطلق على مايؤذى ولا يقتل كالحشرات مصباح ، والمراد هنا ما يشمل المؤذى وغيره مما لاينتفع به بقرينة ما بعده (قوله فلا يجوز) وبيعها باطل ذكره قاضيخان ط (قوله كحيات) فى الحاوى الزاهدى : يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها للأدوية ، وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه أى من حيوانات البحر أو غيرها . قال فى الحاوى : ولا يجوز بيع الهوام كالحية والفأرة والوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ وكل مالاينتفع به ولا بجلده : وبيع غير السمك من دواب البحر ، إن كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز ، وإلا فلا كالضفدع والسرطان وذكر قبله . ويبطل بيع الأسد والذئب وسائر الهوام والحشرات ، ولا يضمن متلفها . ويجوز بيع البازى والشاهين والصقر وأمثالها والهرة ، ويضمن متلفها ، لابيع الحدأة والرخمة وأمثالهما : ويجوز بيع ريشها اه لكن فى الخانية :

والحاصل أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع مجتبى ، واعتمده المصنف وسيجىء فى المتفرقات :

[فرع] إنما تجوز الشركة فى القز إذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما أنصافا لا أثلاثا ، فلو دفع بزر القز أو بقرة أو دجاجا لآخر بالعلف مناصفة فالخارج كله للمالك لحدوثه من ملكه وعليه قيمة العلف وأجر مثل العامل عينى ملخصا ، ومثله دفع البيض كما لا يخفى (والآبق) ولو لطفله أو ليتيم فى حجره ، ولو وهبه لهما صح عينى ؛

بيع الكلب المعلم عندنا جائز وكذا السنور ، وسباع الوحش والطير جائز معلما أو غير معلم ، وبيع الفيل جائز ؛ وفى القرد روايتان عن أبى حنيفة اه ونقل السائحانى عن الهندية : ويجوز بيع سائر الحيوانات سوى الخنزير وهو المختار اه وعليه مشى فى الهداية وغيرها من باب المتفرقات كما سيأتى (قوله والحاصل الخ) ويرد عليه شعر الخنزير (١) فإنه يحل الانتفاع به ، ولا يجوز بيعه كما يأتى : وقد يجاب بأن حل الانتفاع به للضرورة ، والكلام عند عدمها (قوله واعتمده المصنف) حيث قال وهو ظاهر ، فليكن المعوّل عليه (قوله وهو بينهما أنصافا) الضمير عائد إلى القز الخارج من البيض : والظاهر أن اشتراط كونه بينهما أنصافا إذا كان البيض منهما كذلك فلو كان ثلثه من واحد والثلثان من آخر يكون القز بينهما أثلاثا اعتبار بأصل الملك ، كما لو زرعا أرضا ببذر منهما فالخارج على قدر البذر وإن شرطا خلافه (قوله بالعلف مناصفة) متعلق بدفع : أى دفع ذلك ليكون الخارج من البزر والبقرة والدجاج بينهما مناصفة بشرط أن يعلف ذلك من ورق التوت ونحوه (قوله فالخارج كله للمالك) أى الخارج : وهو القز واللبن والسمن والبيض كله للمالك ، فإن استهلكه العامل ضمنه (قوله وعليه قيمة العلف) أى إن كان مملوكا (قوله وأجر مثل العامل) الظاهر أن له الأجر بالغاما بلغ لجهالة التسمية ، وانظر ما كتبناه فى إجارات تنقيح الحامدية (قوله ومثله دفع البيض) قال فى النهر : والمتعارف فى أرياف مصر دفع البيض ليكون الخارج منه بالنصف مثلا ، وهو على وزان دفع القز بالنصف ، فالخارج كله لصاحب البيض وللعامل أجر مثله اه .

قلت : ويتعارف الآن دفع المهر أو العجل أو الجحش ليربيه بنصفه فيبقى على ملك الدافع وللعامل أجر مثله وقيمة علفه : والحيلة فيه أن يبيعه نصف المهر بثمن يسير فيصير مشتركا بينهما : ويتعارف أيضا ما سيذكره المصنف فى كتاب المساقاة . وهو دفع الأرض مدة معلومة ليغرسها وتكون الأرض والشجر بينهما فإنه لا يصح والثمر والغرس لرب الأرض تبعا لأرضه وللآخر قيمة غرسه يوم غرسه وأجر مثل عمله اه (قوله والآبق) أى المطلق(٢) وهو الذى أبق من يد مالكه : ولم يزعم المشترى أنه عنده فهذا بيعه فاسد أو باطل على الخلاف الذى حكاه المصنف بعد ، أما لو أبق من يد غاصبه وباعه المالك منه أو من يد مالكه وباعه ممن يزعم أنه عنده فبيعه صحيح كما يأتى : وأما لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره ، ففى النهر أن بيعه فاسد اتفاقا ، وعلله فى الفتح بأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز : وفى النهر أيضا : خرج بالآبق المرسل فى حاجة المولى فإنه يجوز بيعه لأنه مقدور التسليم وقت العقد حكما ، إذ الظاهر عوده (قوله ولو وهبه لهما صح) والفرق أن شرط البيع القدرة على التسليم عقب البيع وهو منتف ، وما بقى له من اليد يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن

---

(١) (قوله ويرد عليه شعر الخنزير الخ) كذلك يرد عليه ما أورده صاحب النهر على عبارة الكمال ابن الهمام المماثلة لهذه من أن الصحيح عند الإمام جواز الانتفاع بالعذرة الخالصة مع عدم جواز بيعها بدون الخلط اه .

(٢) (قوله أى المطلق الخ) أى الآبق فى حقهما : أى البائع والمشترى . وأما فى الصور المستثنيات فالإباق ليس بمطلق لعدم إباقه فى حق المشترى ، وهذا معنى قول المحشى : وهو أى المطلق الذى أبق من يد مالكه ولم يزعم المشترى أنه عنده ، وينبغى أن يزاد أيضا ما لو زعم المشترى أنه عند غيره فإن حكمه يخالف المطلق للاتفاق على فساد بيعه ، بخلاف ذلك لحصول الخلاف فى بطلانه وفساده اه .

وما فى الأشباه تحريف نهر (إلا ممن يزعم أنه) أى الآبق (عنده) فحينئذ يجوز لعدم المانع وهل يصير قابضا إن قبضه لنفسه أو قبضه ولم يشهد ؟ نعم وإن أشهد لا لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان لأنه أقوى عناية ،

وهذا قبض ليس بازائه مال من الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير ، لأنه لو عاد عاد إلى ملك الصغير هكذا فى الفتح والتبيين بحر . وفيه عن الذخيرة تقييد صحة الهبة بما دام العبد فى دار الإسلام (قوله وما فى الأشباه تحريف نهر) اعترض من وجهين :

الأول أن مافى الأشباه موافق لما هنا ، وهذا نصه : بيع الآبق لايجوز إلا لمن يزعم أنه عنده ولو لولده الصغير كما فى الخانية :

الثانى أنه فى النهر لم يتعرض للأشباه ، بل حكم بالتحريف على مافى بعض نسخ الخانية المنقول فى البحر وهو جواز بيع الآبق لطفله لاهبته له والمعول عليه النسخ الأخرى :

قلت : الذى رأيته فى الأشباه ولولد بدون لو وعليها كتب الحموى . واعترضها بما مر عن الفتح والتبيين ولما كان ما فى الأشباه معزيا إلى الخانية ورد عليها ما ورد على الخانية فساغ ذكرها بدل الخانية لأنها أكثر تداولا فى أيدى الطلبة من الخانية فافهم :

ثم اعلم أن فى عبارة البحر هنا تناقضا فإنه ذكر نسخة الخانية المحرفة وقال إنه عكس ما ذكره الشارحون. ثم . قال إن الحق ماذكره قاضيخان ، لما فى المعراج : لو باعه لطفله لايجوز ، ولو وهبه له جاز الخ. والصواب أن يقول والحق خلاف ماذكره قاضيخان فتنبه (قوله إلا ممن يزعم أنه عبده) مفاده أن النظر لزعم المشترى أن الآبق عنده لأنه يزعم أن التسليم حاصل فانتفى المانع وهو عدم قدرة البائع على التسليم عقب البيع (قوله عنده) شامل لما إذا كان فى منزله ، أو كان يقدر على أخذه ممن هو عنده ، فإن كان لايقدر على الأخذ إلا بخصومة عند الحاكم لم يجز بيعه كما فى السراج نهر ، وهذا مخالف لما قدمناه عن النهر من أنه لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره فهو فاسد اتفاقا . وأجاب بحمل ماتقدم على ما إذا لم يقدر على أخذه إلا بخصومة اه .

قلت : راجعت عبارة السراج فلم أرفيها قوله ممن هو عنده ، ومثله فى الجوهرة ، وحينئذ فقوله(١) أو كان يقدر على أخذه أى فى حال إباقه قبل أن يأخذه أحد ، أما إذا أخذه أحد فلا يجوز لما علمته من تعليل الفتح السابق وقد صور المسألة فى الفتح بما إذا كان ذلك الأخذ له معترفا بأخذه فافهم (قوله وهل يصير قابضا الخ) أى لو اشتراه من زعم أنه عنده هل يصير قابضا فى الحال ، حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع أم لا (قوله إن قبضه) أى قبض الآبق حين وجده لنفسه لا ليرده على سيده ، وهذا يغنى عنه قوله أو قبضه ولم يشهد : أى على أنه قبضه لسيده (قوله نعم) أى يصير قابضا ، لأن قبضه هذا قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع كما فى الفتح (قوله وإن أشهد لا الخ) أى لايصير قابضا لأن قبضه هذا قبض أمانة ، حتى لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لا يضمنه فتح (قوله فلا ينوب عن قبض الضمان) أى عن قبض البيع فإنه مضمون بالثمن قال فى الفتح : فإن هلك قبل أن يرجع إليه انفسخ البيع ورجع بالثمن اه . وأشار بهذا إلى ما فى البحر عن الذخيرة إذا اشترى ماهو أمانة فى يده من وديعة أو عارية لايكون قابضا إلا إذا ذهب إلى العين إلى مكان يتمكن من قبضها

---

(١) (قوله وحينئذ فقوله الخ) لكن يعكر عليه قول السراج فإن كان لايقدر على أخذه إلا بخصومة فإنه يقتضى خصما ، وما هو إلا من عنده الآبق إلا أن يقال بخصومة مع الآبق نفسه بأن كان متمردا وأنكر شراءه وسبق به البائع عليه فحينئذ يحتاج لرفعه للحاكم حتى يلزمه بالانقياد معه اه .

وإلا إذا أبق من الغاصب فباعه المالك منه فإنه يصح لعدم لزوم التسليم ذخيرة (ولو باعه ثم عاد) وسلمه (يتم البيع) على القول بفساده ، ورجحه الكمال (وقيل لا) يتم (على) القول ببطلانه وهو (الأظهر) من الرواية واختاره فى الهداية وغيرها ، وبه كان يفتى البلخي وغيره بحر وابن كمال (ولبن امرأة) ولو (فى وعاء ولو أمة) على الأظهر لأنه جزء آدمى والرق مختص بالحى ولا حياة فى اللبن فلا يحله الرق (وشعر الخنزير) لنجاسة عينه

فيصير الآن قابضا بالتخلية ، فإذا هلك بعده هلك من ماله وليس للبائع حبس العين بالثمن لأنه صار راضيا بقبض المشترى دلالة اهملخصا (قوله وإلا إذا أبق الخ) عطف على قوله إلا ممن يزعم أنه عنده (قوله ذخيرة) قال فيها : والأصل أن الإباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجا إليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك ، فأما إذا لم يكن محتاجا إليه كما فى مسألتنا يجوز البيع اه (قوله يتم البيع) هو رواية عن أبى حنيفة ومحمد لقيام الملك والمالية فى الآبق ولذا صح عتقه وبه أخذ الكرخى وجماعة من المشايخ حتى أجبر البائع على تسليمه ، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجدت قبل الفسخ ، بخلاف ما إذا رجع بعد أن فسخ القاضى البيع أو تخاصما(١) فلا يعود صحيحا اتفاقا فتح (قوله على القول بفساده) قال فى الفتح : والحق أن الاختلاف فيه بناء على الاختلاف فى أنه باطل أو فاسد وأنك علمت أن ارتفاع المفسد فى الفاسد يرده صحيحا لأن البيع قائم مع الفساد ومع البطلان لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم قدرة التسليم ، ووجه الفساد قيام المالية والملك (قوله ورجحه الكمال) حيث قال والوجه عندى أن عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل وأطال فى تحقيقه (قوله وهو الأظهر من الرواية) قال فى البحر : وأولوا تلك الرواية بأن المراد منها انعقاد البيع بالتعاطى الآن اه .

قلت : وهذا ينافى ماتقدم أول البيوع من أن البيع لاينعقد بعد بيع باطل أو فاسد إلا بعد متاركة الأول (قوله وبه كان يفتى البلخى) الذى فى الفتح وهو مختار مشايخ بلخ والثلجى بالثاء والجيم ط .

قلت : والأول هو أبو مطيع البلخى من أصحاب أبى حنيفة توفى سنة ١٩٧ والثانى هو محمد بن شجاع الثلجى من أصحاب الحسن بن زياد توفى وهو ساجد سنة ٢٣٦ (قوله ولو فى وعاء) أتى بلو إشارة إلى أنه غير قيد ، وما فى البحر من أن الأولى تقييده بذلك لأن حكم اللبن فى الضرع تقدم دفعه فى النهر بأن الضرع خاص بذوات الأربع كالثدى للمرأة ، فالأولى عدم التقييد ليعم ماقبل الانفصال وما بعده (قوله على الأظهر) أى ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف جواز بيع لبن الأمة لجواز إيراد البيع على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق حل نفسها فأما اللبن فلارق فيه لأنه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التى هى ضده وهو الحى ، ولا حياة فى اللبن فلا يكون محلا للعتق ولا للرق فكذا البيع . وأشار إلى أنه لا يضمن متلفه لكونه ليس بمال ، وإلى أنه لا يحل التداوى به فى العين الرمداء . وفيه قولان : قيل بالمنع ، وقيل بالجواز إذا علم فيه الشفاء كما فى الفتح هنا .

مطلب فى التداوى بلبن البنت للرمد قولان

وقال فى موضع آخر : إن أهل الطب يثبتون نفعا للبن البنت للعين وهى من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوى كالخمر ، واختار فى النهاية والخانية الجواز إذا علم فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره بحر ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تمامه فى متفرقات البيوع ، وكذا فى الحظر والإباحة (قوله لنجاسة عينه) أى عين الخنزير أى بجميع أجزائه . وأورد

---

(١) (قوله أو تخاصما) قال شيخنا : ظاهره أن مجرد التخاصم قبل الفسخ مانع من انقلاب البيع صحيحا ويحرر ، إذ لاوجه له يظهر اه .

فيبطل بيعه ابن كمال (و) إن (جاز الانتفاع به) لضرورة الخرز ؛ حتى لولم يوجد(١) بلا ثمن جاز الشراء للضرورة وكره البيع فلا يطيب ثمنه ويفسد الماء على الصحيح خلافا لمحمد ، قيل هذا في المنتوف ، أما المجزوز فطاهر عناية . وعن أبي يوسف يكره الخرز به لأنه نجس، ولذا لم يلبس السلف مثل هذا الخف ذكره القهستاني

في الفتح(٢) . على هذا التعليل ببيع السرقين فإنه جائز للانتفاع به مع أنه نجس العين اه . قال في النهر : بل الصحيح عن الإمام أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الكراهية اه أي مع أنه لايجوز بيعها خالصة كما مر (قوله فيبطل بيعه) نقله في الشرنبلالية أيضا عن البرهان ، وفيه تورك على المصنف حيث عده في الفاسد ، لكن قد يقال إنه مال في الجملة حتى قال محمد بطهارته لضرورة الخرز به للنعال والأخفاف تأمل (قوله لضرورة الخرز) فإن في مبدإ شعره صلابة قدر أصبع وبعده لين يصلح لوصل الخيط به قهستاني ط (قوله وكره البيع) لأنه لاحاجة إليه للبائع زيلعي، وظاهره أن البيع صحيح : وفيه أن جواز إقدام المشتري(٣) على الشراء للضرورة لايفيد صحة البيع ، كما لو اضطر إلى دفع مرشوة لإحياء حقه جاز له الدفع وحرم على القابض ، وكذا لو اضطر إلى شراء ماله من غاصب متغلب لايفيد ذلك صحة البيع حتى لايملك البائع الثمن فتأمل (قوله فلا يطيب ثمنه) مقتضى مابحثناه أنه لايملكه (قوله على الصحيح) أي عند أبي يوسف، لأن حكم الضرورة لايتعداها وهي في الخرز فتكون بالنسبة إليه فقط كذلك ، وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بطهارته في حقهم . أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فإن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لايقدرون على الامتناع منه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار فتح (قوله خلافا لمحمد) راجع إلى قوله ويفسد الماء أي فإنه لايفسد عنده. قال الزيلعي لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته اه وهذا يفيد عدم تقييد حل الانتفاع به بالضرورة ويفيد جواز بيعه ؛ ولذا قال في النهر : وينبغي أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد (قوله قيل هذا) أي الخلاف المذكور في نجاسته وطهارته، وأشار بقيل إلى ضعفه إذ المنتوف يفسد الماء ولو من غير الخنزير لاتصال اللحم النجس بمحل النتف منه، ولو قيل إن الخلاف في المجزوز ، أما المنتوف فغير طاهر لكان له وجه (قوله وعن أبي يوسف الخ) مقابل قول المتن وجاز الانتفاع به . قال الزيلعي: والأول هو الظاهر لأن الضرورة تبيح لحمه فالشعر أولى اه (قوله لأنه نجس) فيه أن النجاسة لاتنافي حل الانتفاع عند الضرورة كما علمت ، لكن علل الزيلعي للكراهة بأن الخرز يتأتى بغيره ، ومثله في الفتح ؛ وحيث تأتى بغيره فلا ضرورة فلا يحل الانتفاع بالنجس . قال في الفتح : إلا أن يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلايجوز أن يلزم العموم حرجا مثله اه .

وحاصله أن تأتي الخرز بغيره من شخص حمل نفسه مشقة في ذلك لاتزول به ضرورة الاحتياج إليه من عامة

---

(١) (قول الشارح حتى لولم يوجد الخ) قال ط : هذا يقتضي تفصيلا عند الضرورة ، وهو أن الشعر إن وجد بغير شراء انتفع به وفسد بيعه ، وإن لم يوجد إلا بالشراء جاز شراؤه وكره بيعه ، وهكذا في التبيين اه .

(٢) (قوله وأورد في الفتح) حيث قال لاينبغي أن يعلل بطلان البيع بالنجاسة أصلا ، فإن بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع أي وصحته مع حله وإن كان نجسا ، فإن بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به اه . ورد في النهر التعليل بالانتفاع وعدمه لصحة البيع وبطلانه بحل الانتفاع بالعذرة مع عدم جواز بيعها اه .

(٣) (قوله وفيه أن جواز إقدام المشتري الخ) قال شيخنا : هذا بحث مصادم للمنقول في الكتب فلا يعمل به ، فإن صاحب العناية نقل الحكم هكذا عن قاضيخان ، وكذا وجد الحكم في غيره من معتبرات المذهب اه .

ولعل هذا فى زمانهم ، وأما فى زماننا فلا حاجة إليه كما لايخفى (وجلد ميتة قبل الدبغ) لو بالعرض ، ولو بالثمن فباطل ، ولم يفصله ههنا اعتمادا على ماسبق قاله الوانى فليحفظ (وبعده) أى الدبغ (يباع) إلا جلد إنسان وخنزير وحية(١) (وينتفع به) لطهارته حينئذ (لغير الأكل) ولو جلد مأكول على الصحيح سراج ، لقوله تعالى — حرمت عليكم الميتة — وهذا جزؤها . وفى المجمع : ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به فى غير الأكل بخلاف الودك (كما ينتفع بما لا تحله حياة منها) كعصبها وصوفها كما مر فى الطهارة . (و) فسد (شراء ماباع

الناس (قوله ولعل هذا) أى حل الانتفاع به لضرورة الخرز (قوله أما فى زماننا فلا حاجة إليه) للاستغناء عنه بالمخارز والإبر : قال فى البحر : ظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره ط ، (قوله وجلد ميتة) قيد بها ، لأنها لو كانت مذبوحة فباع لحمها أو جلدها جاز لأنه يطهر بالذكاة إلا الخنزير خانية (قوله لو بالعرض الخ) أى أن بيعه فاسد لو بيع بالعرض : وذكر فى شرح المجمع قولين فى فساد البيع وبطلانه :

قلت : وماذكره الشارح من التفصيل يصلح توفيقا بين القولين ، لكنه يتوقف على ثبوت كونه مالا فى الجملة كالخمر والميتة لابحتف أنفها ، مع أن الزيلعى علل عدم جواز بيعه بأن نجاسته من الرطوبة المتصلة به بأصل الخلقة فصار حكم الميتة : زاد فى الفتح : فيكون نجس العين ، بخلاف الثوب أو الدهن المتنجس حيث جاز بيعه لعروض نجاسته ، وهذا يفيد بطلان بيعه مطلقا ، ولذا ذكر فى الشرنبلالية عن البرهان أن الأظهر البطلان تأمل (قوله اعتمادا على ماسبق) أى فى قول المصنف تبعا للدرر وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير وميتة لم تمت حتف أنفها بالثمن (قوله إلا جلد إنسان الخ) فلا يباع وإن دبغ لكرامته ، وفى الباقى لإهانته . ولعدم عمل الدباغة فيه كما مر فى محله (قوله وينتفع به) أى بالجلد بعد دبغه (قوله ولو جلد مأكول على الصحيح) وقال بعضهم : يجوز أكله لأنه طاهر كجلد الشاة المذكاة ، أما جلد غير المأكول كالحمار لايجوز أكله إجماعا لأن الدبغ فيه ليس بأقوى من الذكاة وذكاته لاتبيحه فكذا دبغه أفاده المصنف ط (قوله ونجيز بيع الدهن المتنجس) عبارة المجمع النجس ، لكن مراده المتنجس : أى ماعرضت له النجاسة ، وأشار بالفعل المضارع المسند لضمير الجماعة إلى خلاف الشافعى كما هو اصطلاحه (قوله فى غير الأكل) كالاستصباح والدباغة وغيرهما ابن ملك ، وقيدوا الاستصباح بغير المسجد (قوله بخلاف الودك) أى دهن الميتة لأنه جزؤها فلا يكون مالا ابن ملك : أى فلا يجوز بيعه اتفاقا ، وكذا الانتفاع به لحديث البخارى « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، قيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ قال : لا ، هو حرام » الحديث (قوله كعصبها وصوفها) أدخلت الكاف عظمها وشعرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فإن هذه الأشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت ، ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به فى الحمل والركوب والمقاتلة منح ملخصا ط . (قوله وفسد شراء ماباع الخ) أى لو باع شيئا وقبضه المشترى ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه بأقل من الثمن الأول لايجوز زيلعى : أى سواء كان الثمن الأول حالا أو مؤجلا هداية ، وقيد بقوله وقبضه لأن بيع المنقول قبل قبضه لايجوز ولو من بائعه كما سيأتى فى بابه ، والمقصود بيان الفساد بالشراء بالأقل من الثمن الأول قال فى البحر

---

(١) (قول الشارح وحية) قال ط : ينبغى تقييده بالحية الصغيرة التى لها دم فإن جلدها لرقته لايحتمل الدبغ ، وما لادم لها طاهرة لعدم حلول الحياة فيها ، والكبيرة ينبغى طهارة جلدها بالدبغ حيث احتمله ، ويجوز بيعه للانتفاع به كما يدل عليه ظاهر كلامهم فى الطهارة عند ذكر الدبغ وحرره اه .

بنفسه أو بوكيله) من الذى اشتراه ولو حكما كوارثه (بالأقل) من قدر الثمن الأول (قبل نقد) كل (الثمن) الأول . صورته : باع شيئا بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شراه بخمسة لم يجز وإن رخص السعر للربا خلافا للشافعى (وشراء من لاتجوز شهادته له) كابنه وأبيه (كشرائه بنفسه) فلا يجوز أيضا خلافا لهما فى غير عبده ومكاتبه (ولابد) لعدم الجواز (من اتحاد جنس الثمن) وكون المبيع بحاله (فإن اختلف) جنس الثمن أو تعيب المبيع (جاز مطلقا) .

وشمل شراء الكل أو البعض (قوله بنفسه أو بوكيله) تنازع فيه كل من شراء وباع : قال فى البحر : وأطلق فيما باع فشمل ماباعه بنفسه أو وكيله وماباعه أصالة أو وكالة كما شمل الشراء لنفسه أو لغيره إذا كان هو البائع اهـ . فأفاد أنه لو باع شيئا أصالة بنفسه أو وكيله أو وكالة عن غيره ليس له شراؤه بالأقل لا لنفسه ولا لغيره ، لأن بيع وكيله بإذنه كبيعه بنفسه . والوكيل بالبيع أصيل فى حق الحقوق ، فلا يصح شراؤه لنفسه لأنه شراء البائع من وجه ولا لغيره لأن الشراء واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ماباع لنفسه من وجه ، كذا يفاد من الزيلعى أيضا (قوله من الذى اشتراه) متعلق بشراء ، وخرج به مالو باعه المشترى لرجل أووهبه له أو أوصى له به ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل فإنه يجوز ، لأن اختلاف سبب الملك كاختلاف العين زيلعى ؛ ولو خرج عن ملك المشترى ثم عاد إليه بحكم ملك جديد كإقالة أو شراء أو هبة أو إرث فشراء البائع منه بالأقل جائز لا إن عاد إليه بما هو فسخ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده بحر عن السراج (قوله ولو حكما) تعميم لقوله من الذى اشتراه (قوله كوارثه) أى وارث المشترى : أى فلو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما إذا اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فإنه يجوز إن كان ممن تجوز شهادته له . والفرق أن وارث البائع إنما يقوم مقامه فيما يورث . وهذا مما لايورث ، ووارث المشترى قام مقامه فى ملك العين أفاده فى البحر (قوله بالأقل من قدر الثمن الأول) وكالقدر الوصف ، كما لو باع بألف سنة فاشتراه به إلى سنتين بحر (قوله قبل نقد كل الثمن الأول) قيد به لأن بعده لافساد ، ولايجوز قبل النقد وإن بقى درهم : وفى القنية : لوقبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجز بحر .

قلت : وبه يظهر أن إدخال الشارح لفظة كل لا محل له لأنه يفهم أن قبل نقد البعض لا يفسد وهو خلاف الواقع .

والحاصل أن نقد كل الثمن شرط لصحة الشراء لا لفساده لأنه يفسد قبل نقد الكل أو البعض فتأمل (قوله وإن رخص السعر) لأن تغير السعر غير معتبر فى حق الأحكام كما فى حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح زيلعى (قوله للربا) علة لقوله لم يجز : أى لأن الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه ، فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التى خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقى له عليه فضلا بلاعوض فكان ذلك ربح مالم يضمن وهو حرام بالنص زيلعى (قوله كابنه وأبيه) وكعبده ومكاتبه لأن شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم ، وهو نظير الوكيل فى البيع إذا عقد مع هؤلاء زيلعى : أى نظير مالو باع الوكيل من ابنه ونحوه . ثم لا يخفى أن المراد شراء هؤلاء بالأقل لأنفسهم ، أما لو اشتروا بالوكالة عن البائع لايجوز ولو كانوا أجانب عنه كما مر فى قول المصنف أو بوكيله (قوله فى غير عبده ومكاتبه) فشراؤهما متفق على عدم جوازه : قال الزيلعى لأن كسب العبد لسيده وله فى كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه (قوله جاز مطلقا) أى سواء كان الثمن الثانى أقل من الأول أولا لأن الربح لايظهر عند اختلاف الجنس اهـ منح ، ولأن المبيع لو انتقص يكون النقصان من الثمن فى مقابلة مانقص من العين سواء كان النقصان

كما لو شراه بأزيد أو بعد النقد :

(والدراهم والدنانير جنس واحد) فى ثمان مسائل منها (هنا) وفى قضاء دين وشفعة وإكراه ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء

من الثمن بقدر مانقص منها أو بأكثر منه بحر عن الفتح (قوله كما لو شراه الخ) تشبيه فى الجواز مع قطع النظر عن قوله مطلقا (قوله بأزيد أو بعد النقد) ومثل الأزيد المساوى كما فى الزيلعى ، وهذا قول المصنف بالأقل قبل نقد الثمن .

مطلب الدراهم والدنانير جنس واحد فى مسائل

(قوله والدراهم والدنانير جنس واحد) حتى لو كان العقد الأول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الأول لم يجز استحسانا ، لأنهما جنسان صورة وجنس واحد معنى ، لأن المقصود بهما واحد وهو الثمنية ، فبالنظر إلى الأول يصح ، وبالنظر إلى الثانى لايصح فغلبنا المحرم على المبيح زيلعى ملخصا (قوله فى ثمان مسائل) الذى فى المنح عن العمادية أن المسائل سبع غير الأربعة المزيدة اهـ ؛ وزاد الشارح مسألة المضاربة ابتداء (قوله منها هنا) من اسم بمعنى بعض مبتدأ مضاف إلى الضمير ، وهنا اسم مكان مجازى مبنى على السكون لتضمنه معنى الإشارة فى محل نصب بمحذوف خبر المبتدإ ولايصح جعل منها خبرا عن هنا ، لأنه لتضمنه معنى غير مستقل لايصح الابتداء به ولو قال منها ماهنا لكان أولى اهـ ح :

قلت : ما ذكره من عدم صحة الابتداء بهنا صحيح ، ولكن علته أنه من الظروف التى لا تتصرف كما فى المغنى لا ما ذكره ، وإلا لزم أن لا يصح الابتداء بأسماء الإشارة كلها فافهم (قوله وفى قضاء دين) صورته : عليه دين دراهم وقد امتنع من القضاء فوقع من ماله فى يد القاضى دنانير كان له أن يصرفها بالدراهم حتى يقضى غريمه ولا يفعل ذلك فى غير الدنانير عند الإمام ، وعندهما غير الدنانير كذلك ط (قوله وشفعة) صورته أخبر الشفيع أن المشترى اشترى الدار بألف درهم فسلم الشفيع الشفعة ثم تبين أنه قد اشتراها بدنانير قيمتها ألف درهم أو أكثر ليس له طلبها وسقطت بالتسليم الأول ط (قوله وإكراه) كما لو أكره على بيع عبده بألف درهم فباعه بخمسين دينارا قيمتها ألف درهم كان البيع على حكم الإكراه لا لو باعه بكيلى أو وزنى أو عرض والقيمة كذلك (قوله ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء) لم يذكر ذلك التقسيم فى العمادية ، وإنما ذكر صورتين فى المضاربة .

إحداهما ماإذا كانت المضاربة دراهم فمات رب المال أوعزل المضارب عن المضاربة وفى يده دنانير لم يكن للمضارب أن يشترى بها شيئا ، ولكن يصرف الدنانير بالدراهم ، ولو كان مافى يده عروض أو مكيل (١) أو موزون له أن يحوّل له إلى رأس المال ؛ ولو باع المتاع بالدنانير لم يكن له أن يشترى بها إلا الدراهم :

ثانيتهما لو كانت المضاربة دراهم فى يد المضارب فاشترى متاعا بكيلى أو وزنى لزمه ، ولو اشترى بالدنانير فهو على المضاربة استحسانا عندهما اهـ ملخصا ؛ فالصورة الأولى تصح مثالا للانتهاء والثانية للبقاء ، لكن لم يظهر لى كون الأولى مما نحن فيه ، إذ لو كانت الدراهم والدنانير فيها جنسا واحدا ما كان يلزمه أن يصرف الدنانير بالدراهم تأمل . ثم رأيت الشارح فى باب المضاربة جعلهما جنسين فى هذه المسألة ، وهذا عين مافهمته ، ولله تعالى الحمد .

---

(١) (قوله عروض أو مكيل الخ) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب عروضا الخ كما لايخفى اهـ .

وامتناع مرابحة ، ويزاد زكاة وشركات وقيم المتلفات وأروش جنايات كما بسطه المصنف معزيا للعمادية وفى الخلاصة : كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه لم يجز التصرف فيه قبل قبضه (وصح) البيع (فيما ضم إليه) كأن باع بعشرة ولم يقبضها ثم اشتراه مع شىء آخر بعشرة فسد فى الأول وجاز فى الآخر فيقسم الثمن على قيمتهما ولا يشيع الفساد لأنه طارىء (١) : ولمكان الاجتهاد (و) بيع (زيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه بكل ظرف كذا رطلا)

وأما مسألة المضاربة ابتداء فقد زادها الشارح : وقال ط : صورته عقد معه المضاربة على ألف دينار وبين الربح فدفع له دراهم قيمتها من الذهب تلك الدنانير صحت المضاربة والربح على ما شرطا أولا ، كذا ظهر لى (٢) (قوله وامتناع مرابحة) صورته : اشترى ثوبا بعشرة دراهم وباعه مرابحة باثنى عشر درهما ثم اشتراه أيضا بدنانير لا يبيعه مرابحة لأنه يحتاج إلى أن يحط من الدنانير ربحه ، وهو درهمان فى قول الإمام ، ولا يدرك ذلك إلا بالحزر والظن ، ولو اشتراه بغير ذلك من الكيلى أو الوزنى أو العروض باعه مرابحة على الثمن الثانى اهـ ، وقوله ولا يدرك الخ أى لأنه يحتاج إلى تقويم الدنانير بالدراهم وهو مجرد ظن ، ومبنى المرابحة كالتولية والوضيعة على اليقين بما قام عليه لتنتفى شبهة الخيانة اهـ ح (قوله ويزاد زكاة) فإنه يضم أحد الجنسين إلى الآخر ويكمل به النصاب ويخرج زكاة أحد الجنسين من الآخر ط (قوله وشركات) أى إذا كان مال أحدهما دراهم ومال الآخر دنانير فإنها تنعقد شركة العنان بينهما ط (قوله وقيم المتلفات) يعنى أن المقوّم ، إن شاء قوم بدراهم ، وإن شاء قوم بدنانير ولا يتعين أحد الجنسين ط (قوله وأروش جنايات) كالموضحة يجب فيها نصف عشر الدية . وفى الهاشمة العشر ، وفى المنقلة عشر ونصف عشر وفى الجائفة ثلث الدية : والدية إما ألف دينار أو عشرة آلاف درهم من الورق فيجوز التقدير فى هذه الأشياء من أى الجنسين ط (قوله وفى الخلاصة الخ) لا محل لهذه الجملة هنا ، وستأتى بعينها فى محلها ، وهو فصل التصرف فى المبيع والثمن عقب باب المرابحة ح (قوله كل عوض الخ) كالمنقول إذا اشتراه لا يجوز له التصرف فيه قبل قبضه بالبيع ، بخلاف ما إذا أعتقه أو دبره أو وهبه أو تصدق به أو أقرضه من غير بائعه فإنه يصح على ما سيأتى ، وقوله ينفسخ : أى العقد بهلاكه : أى هلاك العوض والجملة صفة عقد : قال ط : أخرج به الثمن فإنه يجوز التصرف فيه بهبة أو بيع أو غيرهما قبل قبضه ، سواء تعين بالتعيين كمكيل أولا كنقود ، لأن العقد لا ينفسخ بهلاكه ، لأن الأصل وهو المبيع موجود ، ويأتى إيضاحه إن شاء الله تعالى فى محله (قوله وصح البيع فيما ضم إليه) أى إلى شراء ما باعه بأقل قبل نقد الثمن منح (قوله ثم اشتراه مع شىء آخر بعشرة) وكذا لو اشتراهما بخمسة عشر كما فى النهر والفتح : ويظهر منه أنه لو اشتراهما بخمسة مثلا أى بأقل من الثمن الأول فهو كذلك بالأولى فافهم (قوله لأنه طارىء) لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسرى زيلعى (قوله ولمكان الاجتهاد) أى فكان الفساد

---

(١) (قول الشارح لأنه طارىء) أى لأن الفساد طار وذلك لأنه قابل الثمن بالمبيعين ، وهى مقابلة صحيحة إذ لم يشترط فيها أن يكون بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول ، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بإزاء ما باع والبعض بإزاء ما لم يبع فقسد البيع بإزاء ما باع ، ولا شك فى كونه طارئا فلا يتعدى إلى البعض الآخر اهـ ج من العناية اهـ . قال شيخنا : هذا لا يظهر إلا فى صورة شراء الثوبين بزيادة عن الثمن الأول ، إذ هى التى يمكن أن يقال فيها المقابلة صحيحة فى أول الأمر والفساد إنما جاء من التقسيم . وأما إذا اشترى المبيع والمضموم بمثل الثمن الأول يكون الثمن فى مقابلتهما جزما فيكون المبيع مقابلا بأقل من ثمنه من أول الأمر فلا يكون الفساد طارئا ، ولعل الشارح لما رأى التعليل بالطرو غير مجز لعدم شموله جميع المسائل أردفه بقوله ولمكان الاجتهاد اهـ .

(٢) (قوله كذا ظهر لى) قال ط : ويمكن تصويرها بما رأيت فى بعض التقارير عن العلامة عبد البر أنه إذا كان رأس المال فى المضاربة دنانير فاشترى المضارب بها دراهم يملك رب المال نهيه عن شراء الأعيان ، وذلك لأن رب المال له فسخ المضاربة بغير رضا المضارب إذا لم يتضمن إبطال حق المضارب : أى فكأن الدنانير باقية بعينها ، بخلاف ما لو اشترى بها عروضا فإن حق المضارب يثبت فيها فلا يملك نهيه إلا إن صار المال نضا : أى نقودا اهـ .

لأن مقتضى العقد طرح مقدار وزنه كما أفاده بقوله (بخلاف شرط طرح وزن الظرف) فإنه يجوز كما لو عرف قدر وزنه (ولو اختلفا فى نفس الظرف وقدره فالقول للمشترى) بيمينه لأنه قابض أو منكر .

(وصح بيع الطريق)

فيما بيع أولا ضعيفا لاختلاف العلماء فيه فلا يسرى ، كما إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبر لايفسد فى الآخر لذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد ، وتمامه فى الفتح ولأنه إنما منع فى الأول باعتبار شبهة الربا ، فلو اعتبرت فى المضموم لكان اعتبار الشبهة الشبهة وهى غير معتبرة درر (قوله لأن مقتضى العقد الخ) أى وهذا الشرط ليس مقتضى العقد فيفسد به ، لأن فيه نفعا لأحد العاقدين لأنه قد يكون أكثر مما شرط أو أقل : قال ط : والحيلة فى جوازه أن لا يعقد العقد إلا بعد وزنه تحريا للصحة فيقول بعد الوزن بعتك مافى هذا الظرف بكذا ويقول الآخر قبلت فيكون هذا من بيع الجزاف وهو صحيح حموى عن شرح ابن الشلبى (قوله فإنه يجوز) فلو باع المشترى السلعة قبل أن يزن الظرف عن أبى حنيفة لايجوز بيع المشترى . وقال أبو يوسف : يجوز خانية (قوله كما لو عرف قدر وزنه) ببناء عرف للمجهول : أى لو عرفاه وشرطا طرح قدره فإنه مقتضى العقد فيجوز (قوله وقدره) الواو بمعنى أو ط (قوله لأنه قابض أو منكر) لف ونشر مرتب . قال فى البحر لأنه إن اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا ، وإن اعتبر اختلافا فى الزيت فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول للمشترى لأنه ينكر الزيادة .

وإذا برهن البائع قبلت بينته . وأورد عليه مسألتان :

إحداهما لو باع عبدين ومات أحدهما عند المشترى وجاء بالآخر يرده بعيب واختلفا فى قيمة الميت فالقول للبائع .

والثانية أن الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف . وأجيب عن الأول بأن القول فيه للبائع لإنكاره الزيادة أيضا وعن الثانى بأن التحالف على خلاف القياس عند الاختلاف فى الثمن قصدا ، وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما فى الزق المقبوض أهو هذا أم لا فلا يوجب التحالف ، كذا فى الفتح . والزق : بالكسر الظرف .

مطلب فى بيع الطريق

(قوله وصح بيع الطريق) ذكر فى الهداية أنه يحتمل بيع رقبة الطريق وبيع حق المرور ، وفى الثانى روايتان اهـ : ولما ذكر المصنف الثانى فيما يأتى علم أن مراده هنا الأول . ثم فى الدرر عن التتارخانية : الطرق ثلاثة : طريق إلى الطريق الأعظم ، وطريق إلى سكة غير نافذة ، وطريق خاص فى ملك إنسان فالأخير لايدخل فى البيع بلا ذكره أو ذكر الحقوق أو المرافق ، والأولان يدخلان بلا ذكر اهـ ملخصا .

وحاصله : لو باع دارا مثلا دخل فيهما الأولان تبعا بلا ذكر بخلاف الثالث . والظاهر أن المراد هنا هو الثالث ، وقد علمت أيضا أن المراد بيع رقبة الطريق لا حق المرور ، لأن الثانى يأتى فى كلام المصنف ، فإذا كانت داره داخل دار رجل وكان له طريق فى دار ذلك الرجل إلى داره ، فإما أن يكون له فيها حق المرور فقط ، وإما أن يكون له رقبة الطريق فإذا باع رقبة الطريق صح ، فإن حد فظاهر ، وإلا فله بقدر عرض باب الدار العظمى كما يأتى . والفرق بين هذا الطريق والطريق الثانى وهو مايكون فى سكة غير نافذة أن هذا ملك للبائع وحده والذى مر خاصا ، بخلاف الثانى فإنه مشترك بين جميع أهل السكة ، وفيه أيضا حق للعامة كما يأتى بيانه قريبا ، وقد اشتبه ذلك

وفى الشرنبلالية عن الخانية : لايصح ومن قسمة الوهبانية :

وليس لهم قال الإمام تقاسم بدرب ولم ينفذ كذا البيع يذكر

وفى معاياتها

على الشرنبلالى فراجعه يظهر لك ما فيه بعد فهمك ماقررناه ، والحمد لله (قوله وفى الشرنبلالية عن الخانية لا يصح) نقل فى الشرنبلالية عن الخانية الصحة عن مشايخ بلخ فما هنا بناء عليه اهـ ح :

قلت : عبارة الشرنبلالية هكذا : قوله وصح بيع الطريق يخالفه ماقال فى الخانية : ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته ، ولا بيع الطريق بدون الأرض ، وكذلك بيع الشرب . وقال مشايخ بلخ جائز ، ويخالفه أيضا قوله الآتى فى رواية الزيادات اهـ كلام الشرنبلالية ، والمتبادر من قول الخانية : وقال مشايخ بلخ جائز أن خلافهم فى بيع الشرب : أى بدون أرض لانى جميع المسائل المذكورة بدليل فصله بقوله وكذلك الخ : وقد ذكر فى الدرر خلافهم فى مسألة الشرب فقط ، ولم أر من ذكر خلافهم فى بيع المسيل والطريق فافهم :

ثم اعلم أن ما ادعاه فى الشرنبلالية من المخالفة غير مسلم لأن قول المصنف وصح بيع الطريق مراده به رقبة الطريق بدليل تعليل الدرر بأنه عين معلوم وبدليل ذكره بيع حق المرور بعده وإلا كان تكرارا وقد تابعه المصنف هنا ، ومراد الخانية ببيع الطريق بيع حق المرور بدليل قوله بدون الأرض ، وقوله ويخالفه أيضا الخ غير مسلم حق المرور لا فى بيع أيضا لأن رواية الزيادات إنما ذكرها فى الدرر فى بيع الطريق فمن أين المخالفة ؟ وماذكره المصنف من جواز بيع الطريق وهبته مشى عليه فى الملتقى أيضا بلا ذكر خلاف ، وكذا فى الهداية وغيرها ، وإنما ذكروا اختلاف الرواية فى بيع حق المرور كما يأتى .

[تنبيه] باع رقبة الطريق على أن له : أى للبائع حق المرور ، أو السفل على أن له إقرار العلو جاز فتح قبيل قوله والبيع إلى النيروز (قوله ومن قسمة الوهبانية) خبر مقدم والبيت مبتدأ مؤخر : أى هذا البيت منقول منها ط (قوله وليس لهم الخ) جملة قال الإمام معترضة بين بعض المقول وهو خبر ليس المقدم واسمها المؤخر ، والواو فى ولم ينفذ للحال : أى والحال أن الدرب ليس بنافذ . قال ابن الشحنة : والمسألة من التتمة عن نوادر ابن رستم[1] قال أبوحنيفة فى سكة غير نافذة : ليس لأصحابها أن يبيعوها ولو اجتمعوا على ذلك ولا أن يقسموها فيما بينهم ، لأن الطريق الأعظم إذا كثر الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف هذا الزحام . قال الناطفى : وقال شداد فى دور بين خمسة : باع أحدهم نصيبه من الطريق فالبيع جائز ، وليس للمشترى المرور فيه إلا أن يشترى دار البائع وإذا أرادوا أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا ويسدوا رأس السكة ليس لهم ذلك ، لأنها وإن كانت ملكا لهم ظاهرا لكن للعامة فيها نوع حق اهـ ملخصا ثم أفاد أن ماتوهمه الناظم فى شرحه من اختلاف الروايتين مدفوع ، فإن ما ذكره ابن رستم فى بيع الكل ، وما ذكره شداد فى بيع البعض . والفرق أن الثانى لا يفضى إلى إبطال حق العامة ، بخلاف الأول .

هذا ، وقد علمت مما قررنا سابقا أن ما فى الوهبانية غير ماذكره المصنف لأن مراد المصنف الطريق الخاص المملوك لواحد وهذا طريق مشترك فى سكة مشتركة (قوله وفى معاياتها) خبر مقدم والبيت مبتدأ مؤخر وجملة

---

(١) ابن رستم وهو أبو بكر المروزى أحد الأعلام تفقه على محمد بن الحسن وروى عنه النوادر وشداد هو ابن حكيم من أصحاب زفر مات سنة عشر ومائتين تراجم العلامة قاسم اهـ منه .

وارتضاه فى ألغاز الأشباه :

ومالك أرض ليس يملك بيعها لغير شريك ثم لو منه ينظر

(حد) أى بين له طول وعرض (أولا وهبته) وإن لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى (لا بيع مسيل الماء وهبته) لجهالته ، إذ لايدرى قدر مايشغله من الماء :

وارتضاه الخ معترضة والضمير للوهبانية وهى مفاعلة ، من عاياه : إذا سأله عن شىء يظن عجزه عن جوابه من قولهم عيى عن جوابه : إذا عجز ، وتمامه فى ط (١) عن ابن الشحنة : قال السائحانى : والمعاياة عند الفرضيين كالألغاز عند الفقهاء والأحاجى عند أهل اللغة لأن مايستخرج بالجزر يقوى الحجى : أى العقل : والألغاز : جمع لغز بضم اللام ، وقيل بفتحها وبفتح الغين المعجمة (قوله وارتضاه فى ألغاز الأشباه) حقه أن يذكر عند البيت الأول ، فإن الذى فى ألغاز الأشباه هكذا أى شركاء فيما يمكن قسمته إذا طلبوها لم يقسم فقل السكة الغير النافذة ليس لهم أن يقتسموها وإن أجمعوا على ذلك اه (قوله ومالك أرض الخ) هى الأرض المملوكة من السكة الغير النافذة فإنه لا يملك بيعها من غير شريكه . قال : ولو باعها لبعض الشركاء هل يجوز فيه نظر ولم أقف على الجواب فيه اه .

قلت . ظاهر قولهم إنه لا يجوز بيع الطريق يقتضى المنع مطلقا حالة الانفراد ، وإنما يجوز بالتبعية فيما إذا باع الدار وطريقها قاله عبد البر بن الشحنة :

قلت : الذى تقدم عن شداد جواز البيع ، ثم عدم الجواز إنما هو على ما فى الخانية : وقال مشايخ بلخ بالجواز ط :

قلت : قدمنا الكلام على ما فى الخانية فافهم (قوله وإن لم يبين الخ) بيان لقوله أولا وكان الأولى تقديمه على قوله وهبته كما فعل فى الدرر (قوله يقدر بعرض باب الدار العظمى) عزاه فى الدرر إلى النهاية ، ومثله فى الفتح بزيادة قوله وطوله إلى السكة النافذة ثم قال فى الدرر : وعلى التقديرين يكون عينا معلوما فيصح بيعه وهبته اه :

قلت : والظاهر أن العظمى صفة لباب وأنثها لاكتساب الباب التأنيث بإضافته إلى الدار المؤنثة ، ومعناه أنه لو كان له دار فى داخل دار جاره مثلا وطريق فى دار الجار فباع الطريق وحده ولم يبين قدره كان للمشترى من دار الجار بعرض باب دار البائع ، فلو كان لها بابان الأول أعظم من الثانى كان له بقدر الباب الأعظم ، هذا ما ظهر لى : وفى القهستانى : وطريق الدار عرضه عرض الباب الذى هو مدخلها وطوله منه إلى الشارع اه : وفى الفتح عند قوله : ولو اشترى جارية إلاحملها الخ ، ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لى طريقا إلى دارى هذه الداخلة فسد البيع ، ولو قال إلا طريقا إلى دارى الداخلة جاز وطريقه بعرض باب الدار الخارجة اه :

[فرع] فى الخانية : باع نخلة فى أرض صحراء بطريقها من الأرض ولم يبين موضع الطريق : قال أبو يوسف : يجوز ، وله أن يذهب إلى النخلة من أى النواحى شاء اه فأفاد جواز بيع الطريق تبعا وإن لم يكن له مايقدر به تأمل .

مطلب فى بيع المسيل

(قوله لا بيع مسيل الماء) هذا أيضا يحتمل بيع رقبة المسيل وبيع حق التسييل كما فى الهداية ، ولكن لما قال المصنف بعده لا بيع حق التسييل علم أن مراده هنا بيع رقبة المسيل .

---

(١) (قوله وتمامه فى ط) حيث قال : وهو مباح إذا كان القصد منه تشحيذ الأذهان واستعمال القرائح ، والأصل فيه سؤاله صلى الله عليه وسلم الصحابة رضى الله تعالى عنهم من الشجرة التى لايسقط ورقها ذكره العلامة عبد البر اه .

(وصح بيع حق المرور تبعا) للأرض (بلا خلاف و) مقصودا (وحده فى رواية) وبه أخذ عامة المشايخ شمنى وفى أخرى لا ، وصححه أبو الليث (وكذا) بيع (الشرب) وظاهر الرواية فساده إلا تبعا خانية وشرح وهبانية ، وسنحققه فى إحياء الموات (لا) يصح (بيع حق التسييل وهبته) سواء كان على الأرض لجهالة محله كما مر أو على السطح

ووجه الفرق بينه وبين بيع رقبة الطريق كما فى الهداية أن الطريق معلوم لأن له طولا وعرضا معلوما كما مر : وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدرى قدر مايشغله من الماء اهـ . قال فى الفتح : ومن هنا عرف أن المراد ما إذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل ، أما لو بين حدما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده اهـ (قوله تبعا للأرض) يحتمل أن يكون المراد تبعا لأرض الطريق ، بأن باع الطريق وحق المرور فيه ، وأن يكون المراد ما إذا كان له حق المرور فى أرض غيره إلى أرضه فباع أرضه مع حق مرورها الذى فى أرض الغير والظاهر أن المراد الثانى لأن الأول ظاهر لا يحتاج إلى التنصيص عليه ، ولقولهم إنه لايدخل إلا بذكره أو بذكر كل حق لها وهذا خاص بالثانى كما لايخفى (قوله وبه أخذ عامة المشايخ) قال السائحانى وهو الصحيح ، وعليه الفتوى مضمرات اهـ . والفرق بينه وبين حق التعلى حيث لايجوز هو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض ، وهى مال هو عين ، فما يتعلق به له حكم العين . أما حق التعلى فتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال اهـ فتح (قوله وفى أخرى لا) قال فى الدرر : وفى رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث بأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بانفراده لا يجوز اهـ وهذه الرواية التى توهم فى الشرنبلالية مخالفتها لقول المصنف والدرر : وصح بيع الطريق ، وقدمنا ما فيه :

مطلب فى بيع الشرب

(قوله وكذا بيع الشرب) أى فإنه يجوز تبعا للأرض بالإجماع ، وحده فى رواية وهو اختيار بلخ لأنه نصيب من الماء درر ، ومحل الاتفاق ما إذا كان شرب تلك الأرض ، فلو شرب غيرها ففيه اختلاف المشايخ كما فى الفتح والنهر (قوله وظاهر الرواية فساده) إلا تبعا ، وهو الصحيح كما فى الفتح ، وظاهر كلامهم أنه باطل . قال فى الخانية : وينبغى أن يكون فاسدا لاباطلا لأن بيعه يجوز فى رواية ، وبه أخذ بعض المشايخ ، وجرت العادة ببيعه فى بعض البلدان فكان حكمه حكم الفاسد يملك بالقبض ، فإذا باعه بعده أى مع أرض له ينبغى أن يجوز ، ويؤيده ما فى الأصل : لو باعه بعبد وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه ، ولو لم يكن الشرب محلا للبيع لما جاز عتقه ، كما لو اشترى بميتة أو دم فأعتقه لا يجوز اهـ . وأما ضمانه بالإتلاف بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو إحدى الروايتين ، والفتوى على عدمه كما فى الذخيرة ، وهو صح كما فى الظهيرية ، وتمامه فى النهر (قوله وسنحققه فى إحياء الموات) حيث قال هو والمصنف هناك : ولا يباع الشرب ، ولا يوهب ، ولا يؤجر ولا يتصدق به لأنه ليس بمال متقوم فى ظاهر الرواية ، وعليه الفتوى ثم نقل عن شرح الوهبانية أن بعضهم جوز بيعه ثم قال : وينفذ الحكم بصحة بيعه اهـ ط (قوله لا يصح بيع حق التسييل الخ) أى باتفاق المشايخ :

ووجه الفرق بينه وبين حق المرور على رواية جوازه أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ، أما التسييل ، فإن كان على السطح فهو نظير حق التعلى وبيع حق التعلى لايجوز باتفاق الروايات ومر وجهه ، وهو ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وإن كان على الأرض ، وهو أن يسيل الماء عن أرضه كى لايفسدها فيمره على أرض

لأنه حق التعلى ، وقد مر بطلانه (و) لا (البيع) بثمن مؤجل (إلى النيروز) هو أول يوم من الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل وهذا نيروز السلطان، ونيروز المجوس يوم تحل فى الحوت، وعده البرجندى سبعة(١) فإذا لم يبينا فالعقد فاسد ابن كمال (والمهرجان) هو أول يوم من الخريف تحل فيه الشمس برج الميزان (وصوم النصارى) فطرهم (وفطر اليهود) وصومهم فاكتفى بذكر أحدهما سراج (إذا لم يدره المتعاقدان) النيروز وما بعده ، فلو عرفاه جاز (بخلاف فطر النصارى بعد ماشرعوا فى صومهم) للعلم به وهو خمسون يوما(٢)

لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذى يأخذه، وتمامه فى الفتح (قوله لأنه حق التعلى) أى نظيره (قوله بثمن مؤجل) أى ثمن دين ، أما تأجيل المبيع والثمن العين فمفسد مطلقا كما سيذكره الشارح (قوله إلى النيروز) أصله نوروز عرب ، وقد تكلم به عمر رضى الله تعالى عنه فقال : كل يوم لنا نوروز ، حين كان الكفار يبتهجون به فتح (قوله فى الحوت) الذى فى الحموى عن البرجندى الجدى ط .

قلت : وهذا أول فصل الشتاء ، وماذكره الشارح مذكور فى القهستانى (قوله فإذا لم يبينا الخ) أى إذا لم يبين العاقدان واحدا من السبعة فسد ، أما إذا بيناه اعتبر معرفة وقته فإن عرف صح وإلا فسد وهو ما ذكره المصنف (قوله والمهزجان) بكسر الميم وسكون الهاء ط عن المفتاح . وفى القهستانى أنه نوعان (٣) عامة ، وهو أول يوم من الخريف أعنى اليوم السادس عشر من مهر ماه .وخاصة ، وهو اليوم السادس والعشرون منه (قوله فاكتفى بذكر أحدهما) ولكن إنما عبر المصنف بذلك كغيره لما قاله فى السراج(٤) أيضا إن صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم ، واليهود بعكسه اه :

والحاصل أن المدار على العلم وعدمه كما أفاده المصنف بقوله إذا لم يدر المتعاقدان (قوله فلو عرفاه جاز) أى عرفه كل منهما ، فلو عرفه أحدهما فلا أفاده الرملى (قوله للعلم به) قال فى الهداية لأن مدة صومهم بالأيام ؛ فهى معلومة فلا جهالة فلا اه . ومفاده أن صوم اليهود ليس كذلك . قال فى الفتح : والحاصل أن المفسد الجهالة ، فإذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز (قوله وهو خمسون يوما) كذا فى الدرر عن التمرتاشى . وفى الفتح والنهر خمسة وخمسون يوما : وفى القهستانى : صوم النصارى سبعة وثلاثون يوما مدة ثمانية وأربعين يوما ، فإن ابتداء

---

(١) (قول الشارح سبعة) ذكر الحموى عنه خمسة: منها المتقدمان . ومنها النيروز . الخوارزمى، وهو أول يوم تكون الشمس فى نصف نهاره فى الدرجة الثامنة من الحمل . ونيروز العامة، وهو أول يوم فرود شاه القديم . ونيروز الخاصة، وهو اليوم السادس منه اه ط

(٢) (قول الشارح وهو خمسون يوما) قال ط : هذا هو الموافق لما ذكره بعضهم من أن رمضان كتب على عيسى فغير فرقة من قومه ذلك ، لأنه كان قد يقع فى الحر أو البرد الشديد وكان يشق عليهم فى أسفارهم ويضرهم فى معايشهم فاجتمع علماؤهم ورؤساؤهم على أن يجعلوا صومهم فى فصل من السنة بين الشتاء والصيف فجعلوه فى الربيع وزادوا عليه عشرة أيام كفارة لما صنعوا فصار أربعين يوما، ثم إن ملكهم شكا مرضا نزل بفمه فجعل لله عليه إن هو برئ من وجعه أن يزيد فى صومهم أسبوعا فبرئ فزاد أسبوعا ، ثم مات ذلك الملك ووليهم ملك آخر فقال أتموه خمسين يوما. وقيل إنه أصابهم موت : أى موت كثير فقالوا زيدوا فى صومكم فزادوا عشرا قبل وعشرا بعد ، واختار هذا القول النحاس اه ط .

(٣) (قوله نوعان) فهو مجهول فيفسد . وفى ط : النيروز فى مصر زمن معلوم عندهم منفرد ليس بمتعدد ، فيصح التأجيل إليه على مايظهر اه .

(٤) (قوله لما قاله فى السراج الخ) هكذا ذكره فى السراج أولا بقيل جوابا من مصنفه ثم رده. وأجاب بما نقله الشارح عنه . وعبارته : فإن قيل لم خص صوم النصارى بالذكر دون فطرهم وفطر اليهود دون صومهم ؟ قيل لأن صوم النصارى إلى آخر ماذكره المحشى ، ثم رده بأنه لو أجل إلى صوم اليهود يكون الحكم كذلك لايتفاوت صومهم وفطرهم ، ثم أجاب بما ذكره الشارح .

إذا علمت ذلك تعلم أن صنيع المحشى غير مرضى حيث جعل أحد الجوابين استدراكا على الآخر خصوصا والمستدرك به ضعيف كما علمت اه .

(و) لا (إلى قدوم الحاج والحصاد) للزرع (والدياس) للحب (والقطاف) للعنب لأنها تتقدم وتتأخر :
(ولو باع مطلقا عنها) أى عن هذه الآجال (ثم أجل الثمن) الدين ، أما تأجيل المبيع أو الثمن العينى فمفسد ولو إلى معلوم شمنى (إليها صح) التأجيل (كما لو كفل إلى هذه الأوقات) لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين والكفالة لا الفاحشة (أو أسقط) المشترى (الأجل) فى الصور المذكورة (قبل حلوله) وقبل فسخه (و) قبل (الافتراق) حتى لو تفرقا قبل الإسقاط تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اتفاقا : ابن كمال وابن ملك : كجهالة فاحشة

صومهم يوم الاثنين الذى يكون قريبا من اجتماع النيرين الواقع ثانى شباط من أذار ، ولا يصومون يوم الأحد ولا يوم السبت إلا يوم السبت الثامن والأربعين ، ويكون فطرهم يعنى يوم عيدهم يوم الأحد بعد ذلك (قوله والحصاد) بفتح الحاء وكسرها ومثله القطاف والدياس فتح (قوله والدياس) هو دوس الحب بالقدم لينقشر ، وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها فتح (قوله لأنها) أى المذكورات من قوله إلى قدوم وما بعده (قوله ولو باع الخ) أفاد أن ما ذكر من الفساد بهذه الآجال إنما هو إذا ذكرت فى أصل العقد، بخلاف ما إذا ذكرت بعده كما لو ألحقا بعد العقد شرطا فاسدا ، ويأتى تصحيح أنه لا يلتحق (قوله شمنى) ومثله فى الفتح (قوله صح التأجيل) كذا جزم به فى الهداية والملتقى وغيرهما ، وقدمنا تمام الكلام عليه أول البيوع عند قوله وصح بثمن حال ومؤجل إلى معلوم فراجعه (قوله متحملة فى الدين) راجع إلى قوله ولو باع مطلقا الخ ، يعنى أن التأجيل بعد صحة العقد تأجيل دين من الديون فتتحمل فيه الجهالة اليسيرة بخلافه فى صلب العقد، لأن قبول هذه الآجال شرط فاسد والعقد يفسد به أفاده فى الفتح (قوله والكفالة) فإنها تتحمل جهالة الأصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فتحمل جهالة الوصف وهو الأجل بالأولى ، وتمامه فى الفتح (قوله لا الفاحشة) كإلى هبوب الريح ونحوه كما يأتى . قال فى النهر : وهذا يشير إلى أن اليسيرة ما كانت فى التقدم والتأخر ، والفاحشة ما كانت فى الوجود كهبوب الريح كذا فى العناية اه :

[تنبيه] فى الزاهدى : باعه بثمن نصفه نقد ونصفه إذا رجع مع بلد كذا فهو فاسد (قوله أو أسقط المشترى الأجل) وجه الصحة أن الفساد كان للتنازع وقد ارتفع قبل تقرره ، وأفاد أن من له الحق يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه . وأما قول القدورى تراضيا على إسقاطه فهو قيد اتفاقى كما فى الهداية (قوله قبل حلوله) قيد به لأنه لو أسقطه بعد حلوله لا ينقلب جائزا منح : أى لو قال أبطلت التأجيل الذى شرطته فى العقد لا يبطل ويبقى الفساد لتقرره بمضى الأجل وليس المراد إسقاط الأجل الماضى فافهم (قوله وقبل فسخه) أى فسخ العقد : أما لو فسخه للفساد ثم أسقط الأجل لا يعود العقد صحيحا لارتفاعه بالفسخ (قوله وقبل الافتراق) هذا فى الأجل المجهول جهالة متفاحشة كما يأتى فلا محل لذكره هنا ، ولذا اعترضه الرملى بأن إطباق المتون على عدم ذكره صريح فى عدم اشتراطه ، وقول الزيلعى : لو أسقط المشترى الأجل قبل أخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع صريح بانقلابه جائزا ولو بعد أيام ، ولو شرطنا قبل الافتراق لما صح قوله قبل أخذ الناس الخ ، وإذا تتبعت كلامهم جميعا وجدته كذلك اهـ ملخصا (قوله ابن كمال وابن ملك) أقول : عزاه ابن كمال إلى شرح الطحاوى ، وعزاه ابن ملك إلى الحقائق عن شرح الطحاوى وهو غير صحيح ، فإن الذى رأيته فى الحقائق وهو شرح المنظومة النسفية فى باب ما اختص به زفر هكذا : اعلم أن البيع بأجل مجهول لا يجوز إجماعا سواء كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس مثلا أو متفاوتة كهبوب الريح وقدوم واحد من سفره ، فإن أبطل المشترى الأجل المجهول المتقارب قبل محله وقبل فسخ العقد بالفساد انقلب البيع جائزا عندنا ، وعند زفر لا ينقلب ، ولو مضت المدة قبل

كهبوب الريح ومجيء مطر فلا ينقلب جائزا وإن أبطل الأجل عيني (أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما) أي وكل المسلم (ذميا أو) أمر (المحرم غيره) أي غير المحرم (ببيع صيده) يعني صح ذلك عند الإمام مع أشد كراهة كما صح مامر ، لأن العاقد يتصرف بأهليته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي . وقالا : لا يصح ، وهو الأظهر شرنبلالية عن البرهان

إبطال الأجل تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا إجماعا ، وإن أبطل المشترى الأجل المجهول المتفاوت قبل التفرق ونقد الثمن انقلب جائزا عندنا . وعند زفر لا ينقلب جائزا ، ولو تفرقا قبل الإبطال تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا إجماعا من شرح الطحاوى في أول السلم :

قلت : ذكر أبو حنيفة الأجل المجهول مطلقا ، وقد بينت أن إسقاط كل واحد مؤقت بوقت على حدة اه ما في الحقائق ، وقدمنا مثله أول البيوع عن البحر عن السراج ، ورأيته منقولا أيضا عن البدائع .

وحاصله أن اعتبار إبطال الأجل قبل التفرق إنما هو في الأجل المجهول المتفاوت : أي المجهول جهالة متفاحشة لا في المجهول المتقارب فإنهم لم يذكروه فيه . والظاهر أن ابن كمال تابع ابن ملك وأن نسخة الحقائق التي نقل منها ابن ملك فيها سقط وتبعه أيضا المصنف والشارح ، وهـذا من جملة المواضع التي لم أر من نبه عليها ، ولله تعالى الحمد .

[تنبيه] قول الحقائق : الثمن غير شرط في المجلس لما في التاسع والثلاثين من جامع الفصولين : أبطل المشترى الأجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس أو بعده جاز البيع عندنا استحسانا . وقال زفر والشافعي : لم يجز ، وتمامه فيه (قوله فلا ينقلب جائزا وإن أبطل الأجل) هذا يوهم أن المراد وإن أبطل الأجل قبل الافتراق وليس كذلك ، لما علمت من صريح النقول أنه ينقلب جائزا ، ولأن العيني لم يذكر قوله قبل الافتراق ، فتعين أن المراد إن أبطله قبل حلوله (قوله أو أمر المسلم الخ) عطف على كفل من قوله كما لو كفل ط (قوله ببيع خمر أو خنزير) أي مملوكين له بأن أسلم عليهما ومات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فتح (قوله يعني صح ذلك) أي التوكيل وبيع الوكيل وشراؤه بحر (قوله مع أشد كراهة) أي مع كراهة التحريم ، فيجب عليه أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير ، ولو وكله ببيعهما يجب عليه أن يتصدق بثمنهما نهر وغيره ، وانظر لم يقولوا ويقتل الخنزير مع أن تسييب السوائب لا يحل (قوله كما صح مامر) وهو المعطوف عليه منح أي الكفالة وإسقاط الأجل . وأفاد بهذا أن قوله أو أمر معطوف على قوله كفل لئلا يتوهم عطفه على مالا يصح وهو البيع إلى النيروز (قوله لأن العاقد الخ) أي أن الوكيل في البيع يتصرف بأهلية نفسه لنفسه ، حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى الموكل وترجع حقوق العقد إليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله فتح (قوله أمر حكمي) أي بحكم الشرع بانتقال ما ثبت للوكيل من الملك إليه فيثبت له كثبوت الملك الجبري له بموت مورثه (قوله وقالا لا يصح) أي يبطل كما في البرهان (قوله وهو الأظهر) لعل وجهه ما قاله في الفتح من أن حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن ، وفي الشراء أن يسيب الخنزير ويخلل الخمر أو يريقها فبقي تصرفا بلا فائدة فلا يشرع مع كونه مكروها تحريما فأي فائدة في الصحة ؟ وأجاب في النهر بأنا لا نسلم عدم المشروعية ، لأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة كما في شعر الخنزير إذا لم يوجد مباح الأصل جاز بيعه وإن لم يطب ثمنه ؛ وأما في الشراء فله فائدة في الجملة وهي تخليل الخمر اه وتأمل ذلك مع ما قدمناه عند قوله وشعر الخنزير الخ .

(و) لا (بيع بشرط) عطف على إلى النيروز يعنى الأصل الجامع فى فساد العقد بسبب شرط

مطلب فى البيع بشرط فاسد

(قوله ولا بيع بشرط) شروع فى الفساد الواقع فى العقد بسبب الشرط لنهيه صلى الله عليه وسلم(١) عن بيع وشرط ، لكن ليس كل شرط يفسد البيع نهر . وأشار بقوله بشرط إلى أنه لا بد من كونه مقارنا للعقد ، لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد ، قيل يلتحق عند أبى حنيفة ، وقيل لا وهو الأصح كما فى جامع الفصولين فى ٣٩ لكن فى الأصل أنه يلتحق عند أبى حنيفة وإن كان الإلحاق بعد الافتراق عن المجلس ، وتمامه فى البحر :

قلت : هذه الرواية الأخرى عن أبى حنيفة وقد علمت تصحيح مقابلها ، وهى قولهما ويؤيده ماقدمه المصنف تبعا للهداية وغيرها ، من أنه لو باع مطلقا عن هذه الآجال ثم أجل الثمن إليها صح فإنه فى حكم الشرط الفاسد كما أشرنا إليه هناك ثم ذكر فى البحر أنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد . وصورته كما فى الولوالجية قال اشتر حتى أبنى الحوائط اه . قال فى النهر بعد ماذكر عبارة جامع الفصولين : وبهذا ظهر خطأ بعض حنفية العصر ، إذ أفتى فى رجل باع لآخر قصب سكر قدرا معينا وأشهد على نفسه بأنه يسقيه ويقوم عليه بأن البيع فاسد لأنه شرط تركه على الأرض ، نعم الشرط غير لازم اه :

قلت : وفى جامع الفصولين أيضا : لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد ، إذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازما لحاجة الناس تبايعا بلا ذكر شرط الوفاء ثم شرطاه يكون بيع الوفاء ، إذ الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبى حنيفة ثم رمز أنه يلتحق عنده لاعندهما ، وأن الصحيح أنه لايشترط لالتحاقه مجلس العقد اه وبه أفتى فى الخيرية وقال : فقد صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد اه .

قلت : فهذا أيضا مبنى على خلاف ما مر تصحيحه ، والظاهر أنهما قولان مصححان .

مطلب فى الشرط الفاسد إذا ذكر بعد العقد أو قبله

[تنبيه] فى جامع الفصولين أيضا : لو شرط شرطا فاسدا قبل العقد ثم عقدا لم يبطل العقد اه :

قلت : وينبغى الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه كما صرحوا به فى بيع الهزل كما سيأتى آخر البيوع : وقد سئل الخير الرملى عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده وعقد البيع خاليا عن الشرط : فأجاب بأنه صرح فى الخلاصة والفيض والتتارخانية وغيرها بأنه يكون على ماتواضعا (قوله عطف على إلى النيروز) كذا فى الدرر ، لكن هذا ظاهر لو كان لفظة بيع ليست من المتن كعبارة الدرر . أما على كونها من المتن فالعطف على البيع فى قوله والبيع إلى النيروز (قوله الأصل الجامع) مبتدأ ، وقوله بسبب شرط خبره اه ح والجملة فى محل نصب بيعنى ، ويحتمل نصب الأصل على أنه مفعول يعنى : أى يعنى المصنف الأصل الجامع فى فساد العقد الخ ط .

---

(١) (قوله لنهيه صلى الله عليه وسلم) قال فى الدرر : وإنما فسد البيع بهذا الشرط لأنهما إذا قصدا المقابلة بين المبيع والشرط فقد خلا الشرط عن العوض وقد وجب البيع بالشرط فيه فكان شرطا مستحقا بعقد معاوضة خالية عن العوض فيكون ربا ، وكل عقد بشرط الربا يكون فاسدا اه ط .

(لايقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما أو) فيه نفع (لمبيع) هو (من أهل الاستحقاق) للنفع بأن يكون آدميا ، فلو لم يكن كشرط أن لا يركب الدابة المبيعة لم يكن مفسدا كما سيجيء (ولم يجر العرف به و) لم (يرد الشرع بجوازه) أما لو جرى العرف به كبيع نعل مع شرط تشريكه أو ورد الشرع به (١) كخيار شرط فلا فساد (كشرط أن يقطعه) البائع (ويخيطه قباء) مثال لما لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشترى (أو يستخدمه) مثال لما فيه نفع للبائع ، وإنما قال (شهرا)

قلت : وفي كل من التوجيهين خفاء وكان الأوضح أن يزيد الشارح لفظة «ما» قبل قوله لايقتضيه فتكون هي الخبر ، لأن الظاهر أن قوله بسبب متعلق بفساد وهذا ينافي كونه خبرا عن الأصل ولأن مراده أن يصير قوله لا يقتضيه العقد الخ أصلا وضابطا ولا يتم ذلك إلا بما قلنا ، نعم يحتمل كون الخبر بيع بشرط دل عليه ما قبله ، ولا يصح كون ما قبله هو الخبر لاقترانه بالواو العاطفة (قوله لا يقتضيه العقد ولا يلائمه) قال في البحر : معنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط ، ومعنى كونه ملائما أن يؤكد موجب العقد ، وكذا في الذخيرة . وفي السراج الوهاج : أن يكون راجعا إلى صفة الثمن أو المبيع كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة اه ما في البحر (قوله وفيه نفع لأحدهما) الأولى قول الزيلعي وفيه نفع لأهل الاستحقاق ، فإنه أشمل وأخصر لشموله ما فيه نفع لأجنبي ، فيوافق قوله الآتي ولا نفع فيه لأحد ولا ستغنائه عن قوله أو لمبيع .

[تنبيه] المراد بالنفع ما شرط من أحد العاقدين على الآخر ، فلو على أجنبي لايفسد ويبطل الشرط ، لما في الفتح عن الولوالجية : بعتك الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشترى لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبي ولا خيار للبائع اه ملخصا .

وفي البحر عن الملتقى قال محمد : كل شيء يشترطه المشترى على البائع يفسد به البيع ، فإذا شرطه على أجنبي فهو باطل ؛ كما إذا اشترى دابة على أن يهبه فلان لأجنبي كذا ، وكل شيء يشترطه على البائع لا يفسد به البيع ، فإذا شرطه على أجنبي فهو جائز وهو بالخيار ، كما إذا اشترى على أن يحط عنه فلان الأجنبي كذا جاز البيع ، فإن شاء أخذه بجميع الثمن أو ترك اه (قوله من أهل الاستحقاق) أي ممن يستحق حقا على الغير وهو الآدمي بحر (قوله فلو لم يكن الخ) صرح بمحترز هذا القيد والذي بعده وإن كان يأتي لزيادة البيان (قوله كشرط أن يقطعه) أي يقطع المبيع من حيث هو الصادق على الثواب أو العبد أو غيرهما وبهذا ساغ عود الضمير عليه في قوله أو يعتقه الخ (قوله مثال لما لا يقتضيه العقد) أي ولا يلائمه ، ولم يذكر مثال ما يقتضيه العقد ولا يلائمه : قال في البحر : وخرج عن الملائم للعقد مالو اشترى أمة بشرط أن يطأها أو لا يطأها فالبيع فاسد لأن الملائم للعقد الإطلاق ؛ وعن أبي يوسف : يجوز في الأول لأنه ملائم : وعند محمد يجوز فيهما ، لأن الثاني إن لم يقتضه العقد لا نفع فيه لأحد فهو شرط لا طالب له اه (قوله وفيه نفع للمشترى) ومنه مالو شرط على البائع طحن الحنطة أو قطع الثمرة وكذا ما اشتراه على أن يدفعه البائع إليه قبل دفع الثمن ، أو على أن يدفع الثمن في بلد آخر ، أو على أن يهب البائع منه كذا ، بخلاف على أن يحط من ثمنه كذا لأن الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط بحر (قوله مثال لما فيه نفع للبائع) ومنه ما لو شرط البائع أن يهبه المشترى شيئا أو يقرضه أو يسكن الدار شهرا أو أن يدفع المشترى الثمن إلى غريم البائع ، لسقوط مؤنة القضاء عنه ولأن الناس يتفاوتون في الاستيفاء ، فمنهم من يسامح

---

(١) (قول الشارح أو ورد الشرع به) فإنه لما ورد به الشرع دل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة ، وهذا جواب الاستحسان والقياس أن يفسد لكونه شرطا مخالفا لمقتضى العقد وهو ثبوت الملك حالا في العوضين منح اه ط .

لما مر أن الخيار إذا كان ثلاثة أيام جاز أن يشترط فيه الاستخدام درر (أو يعتقه) فإن أعتقه صح إن بعد قبضه ولزم الثمن عنده وإلا لا ، شرح مجمع (أو يدبره أو يكاتبه أو يستولدها أو لايخرج القن عن ملكه) مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه الثمن ثم فرع على الأصل بقوله (فيصح) البيع (بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى) وشرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن (أولا يقتضيه ولا نفع فيه لأحد) ولو أجنبيا ابن ملك ، فلو شرط أن يسكنها فلان أو أن يقرضه البائع أو المشترى كذا فالأظهر الفساد ذكره أخى زاده

ومنهم من يماكس ، أو على أن يضمن المشترى عنه ألفا لغريمه بحر (قوله لما مر الخ) قال فى العزمية على الدرر : لم يسبق منه شىء مثل هذا فى باب خيار الرؤية ولا فى غيره ، ولو سلم فلا مساس له بمسألتنا (قوله أو يعتقه) الضمير المستتر فيه وفيما بعده عائد على المشترى (قوله فإن أعتقه صح) أى انقلب جائزا عنده خلافا لهما حتى يجب على المشترى الثمن وعندهما القيمة ، بخلاف التدبير ونحوه لأن شرط العتق بعد وجوده يصير ملائما للعقد لأنه منه للملك والفاسد لاتقرر له فيكون صحيحا ، ولا كذلك التدبير ونحوه لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعه فيتقرر الفساد . وأجمعوا على أنه لو أعتقه قبل القبض لايعتق إلا إذا أمره البائع(١) بالعتق ، لأنه صار قبض المشترى سابقا عليه ، لأن البائع سلطه عليه وعلى أنه لو هلك فى يد المشترى قبل العتق أو باعه أو وهبه يلزمه القيمة نهر ملخصا (قوله مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه) لأن العبد آدمى والآدمى من أهل الاستحقاق ، ومنه اشتراط أن لا يبيعه أو لا يهبه لأن المملوك يسره أن لا تتداوله الأيدى وكذا بشرط أن لا يخرجه من مكة . وفى الخلاصة : اشترى عبدا على أن يبيعه جاز ، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز لأن له طالبا . وفى البزازية : اشترى عبدا على أن يطعمه لم يفسد، وعلى أن يطعمه خبيصا فسد اه بحر : ونقل فى الفتح أيضا عبارة الخلاصة وأقرها . والظاهر أن وجهها كون بيع العبد ليس فيه نفع له ، فإذا شرط بيعه من فلان صار فيه نفع لفلان وهو من أهل الاستحقاق فيفسد . ووجه ما فى البزازية أن إطعام العبد من مقتضيات العقد ، بخلاف إطعامه لوعا خاصا كالخبيص (قوله ثم فرّع على الأصل) أى ذكر فروعا مبنية عليه ، وتقدم فى آخر باب خيار الشرط أن البيع لا يفسد بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا فراجعها (قوله يقتضيه العقد) أى يجب به بلا شرط (قوله ولانفع فيه لأحد) أى من أهل الاستحقاق للنفع ، وإلا فالدابة تنتفع ببعض الشروط ، وشمل مافيه مضرة لأحدهما . قال فى النهر : كأن كان ثوبا على أن يخرقه أو جارية على أن لا يطأها أو دارا على أن يهدمها ؛ فعند محمد البيع جائز والشرط باطل . وقال أبو يوسف : البيع فاسد ، كذا فى الجوهرة ومثل فى البحر لما فيه مضرة بما إذا اشترى ثوبا على أن لا يبيعه ولا يهبه ، والبيع فى مثله جائز عندهما خلافا لأبى يوسف اه .

قلت: فإطلاق المصنف مبنى على قولهما ، وشمل أيضا مالا مضرة فيه ولا منفعة . قال فى البحر : كأن اشترى طعاما بشرط أكله أو ثوبا بشرط لبسه فإنه يجوز اه تأمل (قوله ولو أجنبيا) تعميم لقوله لأحد ، وبه صرح الزيلعى أيضا (قوله فلو شرط الخ) تفريع على مفهوم التعميم المذكور ، فإن مفهومه أنه لو كان فيه نفع لأجنبى يفسد البيع ؛ كما لو كان لأحد المتعاقدين (قوله أو أن يقرضه) أى أن يقرض فلانا أحد العاقدين كذا ، بأن شرط المشترى على البائع أن يقرض زيدا الأجنبى كذا من الدراهم أو شرط البائع على المشترى ذلك (قوله فالأظهر الفساد) وبه جزم فى الفتح بقوله : وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين ، ومنه إذا باع ساحة على أن يبنى بها

---

(٢) (قوله إلا إذا أمره البائع) الصواب حذف الضمير ، لأن عبارة البحر فيها التصريح بأن الأمر بالعتق المشترى لا البائع . وعبارته : وأجمعوا أنه لو أعتقه قبل القبض لايعتق . وأفاد فى الظهيرية أن المشترى لو أمر البائع بالعتق قبل القبض فأعتق جاز فقد ملك المأمور مالا يملك الآمر ، وإنما كان كذلك لأنه لما أمره بالعتق فقد طلب منه تسليطه على القبض فإذا أعتق بأمره صار قبض المشترى سابقا عليه لأن البائع سلطه عليه اه .

وظاهر البحر ترجيح الصحة (كشرط أن لايبيع) عبر ابن الكمال بيركب (الدابة المبيعة) فإنها ليست بأهل للنفع (أو لايقتضيه لكن) يلائمه كشرط رهن معلوم وكفيل حاضر ابن ملك، أو (جرى العرف به كبيع نعل) أى صرم سماه باسم مايئول عينى (على أن يحذوه) البائع (ويشركه) أى يضع عليه الشراك وهو السير ومثله تسمير القبقاب

مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد اه . ومفاده أنه لايلزم أن يكون الأجنبى معينا، وتأمله مع ماقدمناه آنفا عن الخلاصة، إلا أن يجاب بأن المسجد والصدقة يراد بهما التقرب إلى الله تعالى وحده وإن كانت المنفعة فيهما لعباده، فصار المشروط له معينا بهذا الاعتبار تأمل (قوله وظاهر البحر ترجيح الصحة) حيث قال: وخرج أيضا ما إذا شرط منفعة لأجنبى كأن يقرض البائع أجنبيا فالبيع صحيح كما فى الذخيرة عن الصدر الشهيد: وفيها: وذكر القدورى أنه يفسد كأن يقول اشتريت منك هذا على أن تقرضنى أو تقرض فلانا اه . وفى القهستانى عن الاختيار جواز البيع وبطلان الشرط . وفى المنح: واختار صاحب الوقاية تبعا لصاحب الهداية عدم الفساد اه: وبه جزم فى الخانية:

قلت: لكن قد علمت أن مانقله الشارح عن ابن ملك من التعميم للأجنبى صرح به الزيلعى، وبه جزم فى الفتح وكذا فى الخلاصة كما قدمناه آنفا:

والحاصل أنهما قولان فى المذهب (قوله عبر ابن الكمال بيركب الدابة) وهو أحسن، لأن المراد بقوله ولا نفع فيه لأحد أى من أهل الاستحقاق، فالتقييد بأهل الاستحقاق للاحتراز عما فيه نفع لغيرهم كالدابة فى بيعها بشرط أن لا يركبها فإنه غير مفسد لأنها ليست بأهل لاستحقاق النفع . وأما اشتراط أن لايبيعها فإنه ليس فيه نفع لها عادة ولا لغيرها، وذلك ليس محل التوهم ليحترز عنه، بخلاف مافيه نفعها (قوله لكن يلائمه) عبر بدله فى الفتح بما يتضمن التوثق بالثمن، وهو قريب مما قدمناه عن الذخيرة من تفسير الملائم بما يؤكد موجب العقد فإن الثمن من موجبات العقد (قوله كشرط رهن معلوم) أى بالإشارة أو التسمية، فلو لم يكن معلوما بذلك لم يجز إلا إذا تراضيا على تعيينه فى المجلس ودفعه إليه قبل أن يتفرقا أو يعجل الثمن ويبطلان الرهن، وإذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر، وإنما يؤمر بدفع الثمن، فإن لم يدفعهما خير البائع فى الفسخ بحر (قوله وكفيل حاضر) أى وقبل الكفالة، وكذا لو غائبا فحضر وقبلها قبل التفرق، فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز، واشتراط الحوالة كالكفالة بحر:

قلت: فى الخانية: ولو باع على أن يحيل البائع رجلا بالثمن على المشترى فسد البيع قياسا واستحسانا، ولو باع على أن يحيل المشترى البائع على غيره بالثمن فسد قياسا وجاز استحسانا اه (قوله أى صرم) بفتح الصاد المهملة: وهو الأديم أى الجلد (قوله سماه باسم مايئول) أى كتسمية العصير خمرا، وذلك أن قوله على أن يحذوه: أى يقطعه لايناسب النعل، وإنما يناسب الجلد فإنه يقطع ثم يصير نعلا: وجوّز فى الفتح أن يكون حقيقة: أى اشترى نعل رجل واحدة على أن يحذوها: أى يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا الرجلين، ومنه: حذوت النعل بالنعل قدرته بمثال قطعته . قال: ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا، ولا معنى لأن يشترى أديما على أن يجعل له شراكا فلا بد أن يراد حقيقة النعل اه: وأجاب فى النهر بأنه يجوز أن يراد بالنعل الصرم، وضمير يشركه للنعل بالمعنى الحقيقى على طريق الاستخدام اه:

قلت: إرادة الحقيقة أظهر فى عبارة الهداية حيث قال على أن يحذوها أو يشركها بضمير التأنيث لأن النعل مؤنثة، أما على عبارة المصنف كالكنز من تذكير الضمير فالأظهر إرادة المجاز وهو الجلد (قوله ومثله تسمير القبقاب)

(استحسانا) للتعامل بلا نكير ، هذا إذا علقه بكلمة على ، وإن بكلمة إن بطل البيع إلا فى بعت إن رضى فلان ، ووقته كخيار الشرط أشباه من الشرط والتعليق ، وبحر من مسائل شتى :

(وإذا قبض المشترى المبيع برضا) عبر ابن الكمال بإذن (بائعه صريحا أو دلالة)

أصله للمحقق ابن الهمام حيث قال : ومثله فى ديارنا شراء القبقاب على أنه يستمر له سيرا (قوله استحسانا للتعامل) أى يصح البيع ويلزم للشرط استحسانا للتعامل : والقياس فساده لأن فيه نفعا لأحدهما وصار كصبغ الثوب ، مقتضى القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين الصبغ مع المنفعة ولكن جوّز للتعامل ومثله إجارة الظئر ، وللتعامل جوّزنا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم ، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة أو قلنسوة بشرط أن يجعل البائع لها بطانة من عنده ، وتمامه فى الفتح . وفى البزازية : اشترى ثوبا أو خفا خلقا على أن يرقعه البائع ويسلمه صح اه : ومثله فى الخانية : قال فى النهر : بخلاف خياطة الثوب لعدم التعارف اه : قال فى المنح : فإن قلت : نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيلزم أن يكون العرف قاضيا على الحديث .

قلت : ليس بقاض عليه ، بل على القياس ، لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة ، والعرف ينفى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث ، فلم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه اه ملخصا :

قلت : وتدل عبارة البزازية والخانية ، وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العرف الحادث ، ومقتضى هذا أنه لو حدث عرف فى شرط غير الشرط فى النعل والثوب والقبقاب أن يكون معتبرا إذا لم يؤد إلى المنازعة ، وانظر ما حررناه فى رسالتنا المسماة نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف التى شرحت بها قولى :

والعرف فى الشرع له اعتبار   لذا عليه الحكم قد يدار

(قوله وهذا) أى التفصيل السابق (قوله إنما هو إذا (١) علقه بكلمة على) والظاهر من كلامهم أن قوله بشرط كذا بمنزلة على نهر .

قلت : يؤيده ما فى القهستانى حيث قيد الشرط بكون حرفه الباء وعلى دون إن اه . قال فى النهر : ولا بد أن لا يقولها بالواو ، حتى لو قال بعتك بكذا وعلى أن تقرضنى كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطا ، وأن يكون الشرط فى صلب العقد الخ ، وقدمنا الكلام على الأخير (قوله بطل البيع) ظاهره ولو كان مضرا لا نفع فيه لأحد ، وبه صرح القهستانى (قوله ووقته) بصيغة الماضى من التوقيت ط (قوله كخيار الشرط) أى كتوقيت خيار الشرط وهو ثلاثة أيام وهذا منه ، فإن خيار الشرط يصح لغير الدين (قوله وبحر من مسائل شتى) أى متفرقة جمع شتيت ، والمسألة مذكورة فى البحر فى هذا الباب أيضا ، وكذا فى النهر والقهستانى (قوله وإذا قبض المشترى المبيع الخ) شروع فى بيان أحكام البيع الفاسد ، وشمل قبض وكيله والقبض الحكمى ، لما قدمناه من أن أمر البائع بالعتق قبله صحيح لاستلزامه القبض ، وهل التخلية قبض هنا؟ صحح فى المجتبى والعمادية عدمه ، وصحح فى الخانية أنها قبض ، واختاره فى الخلاصة من البحر والنهر ، وطحن البائع الحنطة بأمر المشترى كالعتق كما سيذكره الشارح ويأتى تمامه (قوله عبر ابن الكمال بإذن) أى ليعم بيع المكره إذ هو فاسد ولا رضا فيه كما حررناه أول البيوع

---

(١) (قوله إنما هو إذا الخ) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، وكأن نسخة الشارح التى وقعت له هكذا (إنما هو إذا علقه الخ) . والموجود بالنسخ من الشارح التى بأيدينا ما بالهامش اه مصححه .

بأن قبضه فى مجلس العقد بحضرته (فى البيع الفاسد) وبه خرج الباطل وتقدم مع حكمه وحينئذ فلا حاجة لقول الهداية والعناية : وكل من عوضيه مال كما أفاده ابن الكمال ، لكن أجاب سعدى بأنه لما كان الفاسد يعم الباطل مجازا كما مر حقق إخراجه بذلك فتنبه (ولم ينهه) البائع عنه ولم يكن فيه خيار شرط (ملكه) إلا فى ثلاث فى بيع الهازل وفى شراء الأب من ماله لطفله أوبيعه له كذلك فاسدا لايملكه حتى يستعمله

(قوله بأن يأمره بالقبض(١)) أى وقبضه بحضرته أو غيبته ط عن الإتقانى (قوله بأن قبضه فى مجلس العقد بحضرته) تصوير للإذن دلالة ، أما بعد المجلس فلابد من صريح الإذن إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذنا بالقبض دلالة اهـ ح عن النهر ، فإن كان مما لايملك بالقبض كالخمر والخنزير ، فلابد من صريح الإذن كما أفاده الزيلعى (قوله وتقدم مع حكمه) أى فى قوله والبيع الباطل حكمه عدم ملك المشترى إياه إذا قبضه الخ (قوله وحينئذ) أى حين إذ خرج الباطل بقيد الفاسد (قوله كمامر) أى فى أول الباب فى قوله والمراد بالفاسد الخ الممنوع مجازا عرفيا فيعم الباطل والمكروه (قوله حقق إخراجه) أى إخراج الباطل بذلك : أى بقوله وكل من عوضيه مال . وتعقبه الحموى بأن من أفراد الباطل مالا يخرج بهذا القيد وهو بيع الخمر والخنزير بالدراهم فإنه باطل مع أن كلا من عوضيه مال ، وعلى هذا فلابد من حذف هذا القيد لا قتضائه أن هذا الفرد من الباطل يكون فاسدا يملك بالقبض وليس كذلك ط .

قلت : المراد المال المتقوم كما قيده به فى النهر ، ولا شك أن الخمر ونحوه غير متقوم ، ويدل على هذا أنه فى أول الباب قال وبطل بيع ما ليس بمال والبيع به ، فإن المراد به ماليس بمال فى سائر الأديان والخمر والخنزير مال عند أهل الذمة ، ولذا قال بعده وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير ، فعلم أن المراد بالمال هنا المتقوم وهو المال فى سائر الأديان فلا يدخل فيه الخمر ونحوه فافهم (قوله ولم ينهه) قيد لقوله أو دلالة كما هو صريح الهداية وغيرها أى أن الرضا بالقبض دلالة كمامر تصويره مقيد بما إذا لم ينهه عن القبض ، لأن الدلالة تلغو مع النهى الصريح فافهم (قوله ولم يكن فيه خيار شرط) يوضحه قول الخانية : ويثبت خيار الشرط فى البيع الفاسد كما يثبت فى البيع الجائز حتى لو باع عبدا بألف درهم ورطل خمر على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبض المشترى العبد وأعتقه فى الأيام الثلاثة لاينفذ إعتاقه ، ولو لا خيار الشرط للبائع نفذ إعتاق المشترى بعد القبض اهـ سائحانى . ومفاده صحة إعتاقه بعد مضى المدة لزوال الخيار وهو ظاهر (قوله ملكه) أى ملكا خبيثا حراما فلا يحل أكله ولا لبسه الخ قهستانى . وأفاد أنه يملك عينه ، وهو الصحيح المختار خلافا لقول العراقيين إنه يملك التصرف فيه دون العين ، وتمامه فى البحر (قوله إلا فى ثلاث) قلت : يزاد مثلها ، وهى بيع المكاتب والمدبر وأم الولد على القول بفساده كمامر الخلاف فيه (قوله فى بيع الهازل) أى على ماصرح به البزدوى وصاحب المنار من أنه فاسد ؛ وذكر فى القنية أنه باطل فلا استثناء كما فى البحر ، وقد بسطنا الكلام عليه أول البيوع ، وحققنا أن المراد من قول الخانية والقنية إنه باطل : أى فاسد ، بدليل أنهما لو أجازاه جاز والباطل لا تلحقه الإجازة ، وأنه منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال لا بوصفه فافهم (قوله وفى شراء الأب من ماله لطفله الخ) وقعت هذه العبارة كذلك فى البحر والأشباه عن المحيط ، وصوابها : وفى شراء الأب من مال طفله لنفسه فاسدا أو بيعه من ماله لطفله كذلك لأن عبارة المحيط على ما فى الفتح والنهر هكذا باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا أو اشترى عبده لنفسه فاسدا لايثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله اهـ وبه اندفع توقف المحشى (قوله حتى يستعمله) لأن قبض الأب حاصل فلا بد من

---

(١) (قوله بأن يأمره بالقبض) هذه الجملة ليست موجودة فى نسخ الشارح التى بأيدينا اهـ .

والمقبوض في يد المشترى أمانة لايملكه به : وإذا ملكه تثبت كل أحكام الملك إلا خمسة : لايحل له أكله ، ولا لبسه ، ولا وطؤها ، ولا أن يتزوجها منه البائع ، ولاشفعة لجاره لو عقارا أشباه : وفى الجوهرة وشرح المجمع : ولاشفعة بها فهى سادسة (بمثله إن مثليا وإلا فبقيمته) يعنى إن بعد هلاكه أو تعذر رده (يوم قبضه) لأن به يدخل فى ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب (والقول فيها للمشترى) لإنكاره الزيادة (و) يجب (على كل واحد منهما

الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث ، ولذا جمع فى المحيط بين القبض والاستعمال ، وعلى هذا فلايلزم فى صورة الشراء لطفله أن يكون الاستعمال فى حاجة طفله فافهم (قوله لايملكه به) أى بالقبض : وفى الفتح عن جمع التفاريق : لو كان وديعة ة عنده وهى حاضرة ملكها :

قال فى النهر : أقول يجب أن يكول مخرجا على أن التخلية قبض ، ولذا قيده بكونها حاضرة ، وإلا فقد مر أن قبض الأمانة لاينوب عن قبض المبيع اه أى لأن قبض المبيع مضمون بالثمن أو بالقيمة لو فاسدا وقبض الأمانة غير مضمون ، وهو أضعف من المضمون فلا ينوب عنه ، وقدمنا قريبا اختلاف التصحيح فى كون التخلية قبضا فى البيع الفاسد (قوله وإذا ملكه) مرتبط بقول المصنف ملكه ط (قوله تثبت كل أحكام الملك) فيكون المشترى خصما لمن يدعيه لأنه يملك رقبته نص عليه محمد رحمه الله؛ ولو باعه كان الثمن له ، ولو أعتقه صح والولاء له ولو أعتقه البائع لم يعتق ، ولو بيعت دار إلى جنبها فالشفعة للمشترى ، وتمامه فى البحر (قوله ولا وطؤها) ذكر العمادى فى فصوله خلافا فى حرمة وطئها؛ فقيل يكره ولايحرم ، وقيل يحرم بحر : أى لأن فيه إعراضا عن الرد الواجب . وفى حاشية الحموى : قيل ، وهل إذا زوجها يحل للزوج وطؤها ؟ الظاهر نعم ، وهل يطيب المهر للمشترى أم لا ؟ محل نظر (قوله ولا أن يتزوجها منه البائع) المراد لايصح لأنها بصدد أن تعود إلى البائع نظرا إلى وجوب الفسخ فيصير ناكحا أمته حموى (قوله ولاشفعة لجاره لو عقارا) أى لو اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها لايثبت للجار حق الشفعة قال ط عن حاشية الأشباه للسيد أبى السعود : ولا لخليطه فى نفس المبيع وشريكه فى حق المبيع ، لأن حق البائع لم ينقطع لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفيا للفساد ، حتى إذا سقط حق الفسخ بأن بنى المشترى فيها يثبت حق الشفعة اه (قوله ولاشفعة بها) هذا سبق نظر ، لأن الذى فى الجوهرة هكذا وإذا كان المشترى دارا فبيعت دار إلى جنبها ثبتت الشفعة للمشترى اه . ثم ذكر المسألة المارة فقال ولا تجب فيها شفعة للشفيع اه . وفى الزيلعى والبحر وجامع الفصولين : لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار أخذها المشترى بالشفعة اه . نعم فى شرح المجمع : لو اشترى دارا لاتجوز الشفعة بها اه . ويجب أن تكون الباء بمعنى فى ليوافق كلام غيره ، ولا يمكن تأويل كلام الشارح بذلك لأنه يصير عين المسألة التى قبلها (قوله بمثله إن مثليا) وإن انقطع المثل فبقيمته يوم الخصومة كما أفتى به الرملى وعليه المتون فى كتاب الغصب (قوله وإلا فبقيمته) يستثنى من ذلك العبد المبيع بشرط أن يعتقه المشترى ، فإنه إذا أعتقه بعد القبض يلزمه الثمن كما قدمه الشارح (قوله يعنى إن بعد هلاكه الخ) تقييد لضمانه بالمثل أو بالقيمة لأنه إذا كان قائما بحاله كان الواجب رد عينه (قوله أو تعذر رده) عطف عام على خاص ، لأن تعذر الرد يكون بالهلاك وبتصرف قولى أو حسى مما يأتى (قوله يوم قبضه) متعلق بقيمته وقال محمد قيمته يوم أتلفه لأنه بالاتلاف يتقرر بحر عن الكافى (قوله لأن به) أى بالقبض ، والأولى لأنه ط (قوله فلا تعتبر الخ) تفريع على اعتبار قيمته يوم القبض لا يوم الإتلاف : أى لو زادت قيمته فى يده فأتلفه لم تعتبر الزيادة كالغصب (قوله والقول فيها) أى فى القيمة منح . وفى البحر والجوهرة فيهما بضمير التثنية : أى فى المثل والقيمة (قوله للمشترى) أى مع يمينه والبينة للبائع بحر (قوله لإنكاره الزيادة) أى الزيادة فى المثل أو القيمة التى يدعيها البائع (قوله ويجب على كل واحد الخ) عدل عن قول الكنز والهداية ولكل منهما فسخه لأن اللام تفيد التخيير مع أن الفسخ واجب وإن أجيب بأن اللام مثلها فى — وإن أسأتم فلها —

فسخ، قبل القبض) ويكون امتناعا عنه ابن ملك (أو بعده مادام) المبيع بحاله جوهرة (فى يد المشترى إعداما للفساد ، لأنه معصية فيجب رفعها بحر (و) لذا (لايشترط فيه قضاء قاض) لأن الواجب شرعا لايحتاج للقضاء درر (وإذا أصر) أحدهما (على إمساكه وعلم به القاضى فله فسخه) جبرا عليهما حقا للشرع بزازية (وكل مبيع فاسد رده المشترى على بائعه بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه) كإعارة وإجارة وغصب (ووقع فى يد بائعه فهو متاركة) للبيع (وبرىء المشترى من ضمانه) قنية :

أو أن المراد بيان أن لكل منهما ولاية الفسخ رفعا لتوهم أنه إذا ملك بالقبض لزم ؛ لأن الآية تقتضى كون اللام بمعنى على بخلافها هنا ، ولأن كون المراد بيان الولاية المذكورة يلزمه منه ترك بيان الوجوب مع أنه مراد أيضا ، والتصريح بالوجوب يدل على المرادين فكان أولى (قوله فسخه) أى فسخ البيع الفاسد .

قلت : وهذا فى غير بيع المكره فإنهم صرحوا بأنه فاسد وبأنه مخير بين الفسخ والإمضاء ، نعم يظهر الوجوب فى جانب المكره بالكسر (قوله قبل القبض أو بعده) لكن إن كان قبله فلكل الفسخ بعلم صاحبه لا برضاه ، وإن كان بعده ، فإن كان الفساد فى صلب العقد بأن كان راجعا إلى البدلين المبيع والثمن كبيع درهم بدرهمين وكالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك ، وإن كان بشرط زائد كالبيع إلى أجل مجهول أو بشرط فيه نفع لأحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم وعند محمد لمن منفعة الشرط ، واقتصر فى الهداية على قول محمد لم يذكر خلافا بحر . وأفاد أن من عليه منفعة الشرط يفسخ بالقضاء أو الرضا على ما قال محمد قهستانى (قوله ويكون امتناعا عنه) أى عن الفساد . قال فى الهداية : وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه اهـ ، فقوله منه يحتمل عوده على الفساد أو على حكم البيع وهو الملك تأمل (قوله مادام المبيع بحاله) متعلق بقوله وعلى كل واحد منهما فسخه ، واحترز به عما إذا عرض عليه ما تعذر به رده مما يمنع الفسخ كما يأتى بيانه (قوله ولذا) أى لو جوب رفع المعصية ، والأولى عدم زيادة التعليل والاقتصار على عبارة المصنف ليصح التعليل بعده وإلا كان التعليل الثانى عين الأول إلا أن يفرق بأن الثانى أعم من الأول تأمل (قوله وإذا أصر أحدهما) عبارة المصنف فى المنح أى البائع والمشترى ، وظاهره أن أصرا بضمير التثنية ، وهو الموافق لما فى البزازية ، ولما قدمناه قريبا من أن لكل الفسخ بعلم الآخر لا برضاه فإصرار أحدهما لا يحتاج معه إلى فسخ القاضى :

مطلب رد المشترى فاسدا إلى بائعه فلم يقبله

(قوله وكل مبيع فاسد) وصف المبيع بالفساد لكونه محله (قوله كاعارة)وكوديعة ورهن بحر (قوله وغصب) فيه أن الكلام فى رد المشترى : والجواب أن المراد بالرد وقوعه ، فى يد البائع كما أفاده ما بعده ط (قوله ووقع فى يد بائعه) الظاهر أن هذا شرط فى الرد الحكمى كما فى المسائل المذكورة ، أما لو رده عليه قصدا فلا لما فى الخالية : رده المشترى للفساد فلم يقبله ، فأعاده إلى منزله فهلك لا يضمنه : وقال بعضهم : هذا لو الفساد متفقا عليه ، فلو مختلفا فيه ضمنه : والصحيح أنه يبرأ فيهما إلا إذا وضع بين يديه فلم يقبله فذهب به إلى منزله فإنه يضمنه اهـ : وذكر فى البحر عن القنية أن الأشبه ما قاله بعضهم من التفصيل المذكور .

قلت : لكن لايخفى أن تصحيح قاضيخان مقدم لأنه فقيه النفس .

والحاصل أن الرد صح مطلقا وإن لم يقع فى يد البائع لكون الرد قصديا لا ضمنيا ، وبه يخرج عن الضمان لأنه فعل الواجب عليه ، لكن إذا وضعه بين يدى البائع حصل القبض أيضا بناء على أن التخلية قبض وهو مامر تصحيحه عن قاضيخان أيضا ، فإذا ذهب به بلا إذنه صار غاصبا فيضمنه ، بخلاف ما إذا ذهب به قبل التخلية المذكورة لعدم

والأصل أن المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى اعتبر واصلا بجهة مستحقة إن وصل إليه من المستحق عليه وإلا فلا، وتمامه فى جامع الفصولين (فإن باعه) أى باع المشترى المشترى فاسدا (بيعا صحيحا باتا) فلو فاسدا أو بخيار لم يمتنع الفسخ (لغير بائعه) فلو منه كان نقضا للأول كما علمت (وفساده بغير الإكراه) فلو به ينقض كل تصرفات المشترى (أو وهبه وسلم أو أعتقه) أو كاتبه أو استولدها ولو لم تحبل ردها مع عقرها اتفاقا سراج (بعد قبضه) فلو قبله لم يعتق بعتقه بل بعتق البائع بأمره، وكذا لو أمره بطحن الحنطة أو ذبح الشاة فيصير المشترى قابضا اقتضاء.

حصول القبض من البائع، فلم يصر غاصبا بالذهاب ولم يضمنه لوجود الرد الواجب عليه كما قلنا: وبه ظهر أن المراد بوقوعه فى يده وقوعه فيها حقيقة أو حكما كالتخلية المذكورة وأن هذا شرط فى الرد الحكمى لا القصدى كما علمته هذا ما ظهر لى فاغتنمه (قوله أن المستحق بجهة) كالرد للفساد هنا فإنه مستحق للبائع على المشترى، ومثله رد المغصوب على المغصوب منه (قوله بجهة أخرى) كالهبة ونحوها (قوله وإلا فلا) أى وإن لم يصل من جهة المستحق عليه بل وصل من جهة غيره فلا يعتبر، حتى أن المشترى فاسدا إذا وهب المشترى من غير بائعه أو باعه لرجل فوهبه الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشترى عن قيمته ولم يعتبر العين واصلا إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة أخرى جامع الفصولين (قوله فإن باعه الخ) محترز قوله مادام فى يد المشترى، وقيد ببيع المشترى لأن البائع لو باعه بعد قبض المشترى وادعى أن الثانى كان قبل فسخ الأول وقبضه وزعم المشترى الثانى أنه كان بعد الفسخ والقبض من الأول فالقول له لا للبائع وينفسخ الأول بقبض الثانى بحر عن البزازية ومثله فى جامع الفصولين، ولعل وجه انفساخ الأول أن المشترى الثانى نائب عن البائع فى القبض لوجوب التسليم عليه فصار كأنه وقع فى يد البائع تأمل، وأفاد أن البيع ثابت، أما لو ادعى المشترى بيعه من فلان الغائب وبرهن لا يقبل وللبائع أخذه ولو صدقه فله القيمة كما فى جامع الفصولين (قوله لم يمتنع الفسخ) لأن البيع فيهما ليس بلازم ولم يدخل المبيع فى ملك المشترى فى صورة الخيار ط.

[تنبيه] عبر فى الوقاية بقوله فإن خرج عن ملك المشترى وهو أحسن من قول المصنف فإن باعه لأنه يستغنى به عما ذكره بعده (قوله كما علمت) من قول المصنف وكل مبيع فاسد ط (قوله وفساده) أى فساد البيع الأول (قوله ينقض كل تصرفات المشترى) أى التى يمكن نقضها، بخلاف ما لا يمكن كالإعتاق فإنه يتعين فيه أخذ القيمة من المكره بالكسر فافهم (قوله وسلم) قال فى البحر: شرط فى الهداية التسليم فى الهبة لأنها لا تفيد الملك إلا به بخلاف البيع (قوله أو استولدها) أفاد أنه لا يلزم مع القيمة العقر، وقيل عليه عقرها أيضا جامع الفصولين. قال ط: وظاهره: أى ظاهر ما فى المتن أن المراد استيلاد حادث، فلو كانت زوجته أولا استولدها ثم اشتراها فاسدا وقبضها هل يكون كذلك لملكه إياها فليحرر اه.

قلت: الظاهر بقاء الفسخ لأنه حق الشرع ولم يعرض عليه تصرف حادث يمنعه.

[تنبيه] نقل فى النهر عن السراج أن التدبير كالاستيلاد، ومثله فى القهستانى؛ ولم يره فى البحر منقولا فذكره بحثا (قوله بعد قبضه) الأولى ذكره آخر المسائل ط (قوله فلو قبله لم يعتق بعتقه) تخصيصه التفريع على العتق يوهم أن قوله بعد قبضه متعلق بقوله أو أعتقه فقط وليس كذلك، فكان الأظهر أن يقول فلو قبله لم تنفذ تصرفاته المذكورة إلا إذا أعتقه البائع بأمر المشترى (قوله وكذا لو أمره الخ) وفى جامع الفصولين: ولو برا فخلطه البائع بطعام المشترى بأمره قبل قبضه صار قابضا وعليه مثله بحر (قوله فيصير المشترى قابضا اقتضاء) ما يقدر لتصحيح

ذقد ملك المأمور مالايملكه الآمر وما فى الخانية على خلاف هذا إما رواية أو غلط من الكاتب كما بسطه العمادى (أو وقفه) وقفا صحيحا ، لأنه استهلكه حين وقفه وأخرجه عن ملكه ، وما فى جامع الفصولين على خلاف هذا غير صحيح كما بسطه المصنف (أو رهنه أو أوصى) أو تصدق (به) نفذ البيع الفاسد فى جميع مامر

الكلام كأعتق عبدك عنى بألف فإنه يقتضى سبق البيع ليصح العتق عن الآمر وهنا كذلك ، فإن صحة تصرف البائع عن المشترى تقتضى أن يقدر القبض سابقا عليه ولهذا قال فى المنح عن الفصول العمادية ، وإنما كان كذلك لأنه لما أمر البائع بالعتق فقط طلب أن يسلطه على القبض ، وإذا أعتق البائع بأمره صار المشترى قابضا قبضا سابقا عليه اه فافهم :

مطلب يملك المأمور مالا يملكه الآمر

(قوله مالا يملكه الآمر) فإن الآمر وهو المشترى لايصح إعتاقه بنفسه ، ولايجوز له الطحن والذبح ، لكن الظاهر أن المأمور وهو البائع فى مسألة الطحن والذبح لايجوزله أيضا ، لأن الواجب عليه الفسخ رفعا للمعصية كما مر ، وفى فعله ذلك تقريرها ، فقد استوى الآمر والمأمور فى ذلك ولذلك ذكر فى البحر مسألة الأمر بالعتق فقط : ثم قال : وهذه عجيبة حيث ملك المأمور مالم يملك الآمر اه . والظاهر أن البائع يأثم بالعتق أيضا لماقلنا ، ولكن الذى ملكه هو دون الآمر إنما هو نفاذ العتق مع قطع النظر عن الإثم وعدمه كما فى باقى تصرفات المشترى بعدالقبض هذا ماظهرلى فتدبره :

[تنبيه] لهذه المسألة نظير يملك المأمور فيه مالايملكه الآمر ، وهو مامر فى قول المتن أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ذميا ، أو أمر المحرم غيره ببيع صيده (قوله ومافى الخانية الخ) أى حيث جعل العتق عن البائع والدقيق والشاة له أيضا ، ومثله فى البزازية أيضا (قوله كما بسطه العمادى) وأقره فى جامع الفصولين (قوله وقفا صحيحا) فلو فاسدا كأن اشترط فيه بيعه عند الحاجة لايمنع الفسخ ط (قوله وأخرجه عن ملكه) عطف لازم على قوله وقفه (قوله ومافى جامع الفصولين) حيث قال : ولو وقفه أو جعله مسجدا لايبطل حق الفسخ مالم يبن اه ح أى فالمانع من الفسخ هو البناء (قوله غير صحيح) حمله فى النهر على إحدى روايتين ، وهو أولى من التغليط ح : وحمله فى البحر على ما إذا لم يقض به ، أما إذا قضى به فإنه يرتفع الفساد للزومه .

قلت : لكن المسجد يلزم بدون القضاء اتفاقا فافهم (قوله أو رهنه) أى وسلمه لأن الرهن لايلزم بدونه (قوله أو أوصى به) أى ثم مات لأنه ينتقل من ملكه إلى ملك الموصى له وهو ملك مبتدأ فصار كما لو باعه منح (قوله أو تصدق به) أى وسلمه ، لأنه لا يخرج عن ملك المتصدق بدون تسليم (قوله نفذ البيع الفاسد) أى لزم وإلا فالأصل أن النافذ ماقابل الموقوف واللازم مالا خيار فيه ، وهذا فيه خيار الفساد ، وبهذه التصرفات لزم تأمل . ثم إن الشارح تبع المصنف حيث جعل فاعل نفذ هو البيع الفاسد ، والمفهوم من الهداية أن الفاعل ضمير يعود إلى ما ذكر من التصرفات . وقال فى الفتح : فإذا أعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه ، وإنما وجبت القيمة لأنه انقطع حق الاسترداد لتعلق حق العبد به ، والاسترداد حق الشرع وحق العبد مقدم لفقره فقد فوّت المكنة بتأخير التوبة اه ملخصا : أى أن الواجب عليه كان هو التوبة بالفسخ والاسترداد وبتأخيره إلى وجود هذه التصرفات التى تعلق بها حق عبد يكون قد فوّت مكنته من الاسترداد فتعين لزوم القيمة ، ومقتضاه أن المعصية تقررت عليه فلا يخرج عن عهدتها إلا بالتوبة وأن الفسخ

وامتنع الفسخ لتعلق حق العبد به إلا فى أربع مذكورة فى الأشباه ، وكذا كل تصرف قولى غير إجارة ونكاح وهل يبطل نكاح الأمة بالفسخ المختار نعم ولوالجية ، ومتى زال المانع

قبل هذه التصرفات توبة كما يشير إليه قوله الشارح رفعاللمعصية (قوله إلا فى أربع الخ) عبارة الأشباه : العقد الفاسد إذا تعلق به حق عبد لزم وارتفع الفساد إلا فى مسائل : أجر فاسدا فأجر المستأجر صحيحا فللأول نقضها المشترى من المكره لو باع صحيحا فللمكره نقضه المشترى فاسدا إذا أجر فللبائع نقضه ، وكذا إذا زوج اه . وأنت خبير بأن كلام المتن فى تصرف المشترى فاسدا فلا يصح استثناء الأولى لعدم دخولها وكذا الثانية لاحتراز المتن عنها ، والصورة الثالثة والرابعة ذكرهما الشارح حيث قال غير إجارة ونكاح اه ح .

قلت : والضمائر فى نقضه للعقد الأول بقرينة الاستثناء ، وعليه فقوله وكذا إذا زوج : أى يكون للبائع نقض البيع لا التزويج ، فلا ينافى ما يأتى فى تحريره (قوله وكذا كل تصرف قولى) عطف على قوله فى جميع مامر وأراد به نحو التدبير ، وما لو جعله مهرا أو بدل صلح أو إجارة أو غير ذلك مما يخرجه عن ملكه كما تفيده عبارة النقاية التى نقلناها عند قوله فإن باعه (قوله غير إجارة ونكاح) أى فلا يمنعان الفسخ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار ورفع الفساد من الأعذار والنكاح ليس فيه إخراج عن الملك بحر (قوله وهل يبطل نكاح الأمة) لما ذكر أن النكاح لا يمنع البائع من فسخ البيع أراد أن يبين أنه هل ينفسخ النكاح الذى عقده المشترى كما تنفسخ الإجارة أم لا (قوله المختار نعم ولوالجية) مخالف لما صرح به فى الفتح من عدم الانفساخ ، وكذا فى الزيلعى وغاية البيان عن التحفة . وقال فى المجتبى إلا الإجارة وتزويج الأمة ، لكن الإجارة تنفسخ بالاسترداد دون النكاح : وفى التتارخانية عن نوادر ابن سماعة : لو فسخ البيع للفساد وأخذ البائع الجارية مع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول رد البائع على المشترى ما أخذه من النقصان : وفى السراج لا ينفسخ النكاح لأنه لا ينفسخ بالأعذار وقد عقده المشترى وهى على ملكه . وقد نقل فى البحر عبارة السراج . ثم قال : ويشكل عليه ما ذكره الولوالجى فى الفصل الأول من كتاب النكاح : لو زوج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فإن النكاح يبطل فى قول أبى يوسف وهو المختار ، لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل معنى فصار كأنه لم يكن فكان النكاح باطلا اه إلا أن يحمل ما فى السراج على قول محمد أو يظهر بينهما فرق اه ما فى البحر ، وتبعه فى النهر والمنح ، وكتبت فيما علقته على البحر أن الفرق موجود لأن كلام الولوالجى فيما قبل القبض ، وكلام السراج فيما بعد القبض المفيد للملك ثم رأيت ط نبه على ذلك الفرق ، وكذلك نبه عليه الخير الرملى فى حاشية المنح حيث قال العجب من ذلك مع أن ما فى السراج فيما عقد بعد القبض ، وما فى الولوالجية قبل القبض كما هو صريح كل من العبارتين فكيف يستشكل بإحداهما على الأخرى ، ولئن كان كلام السراج فى البيع الفاسد وكلام الولوالجى فى مطلق البيع ، فقد تقرر أن فاسد البيع كجائزه فى الأحكام فتأمل اه :

قلت : ويكفينا ما أسمعناك نقله عن كتب المذهب ؛ على أن الظاهر أن كلام الولوالجية لا يمكن حمله على مطلق البيع بل مراده البيع الفاسد ، لأن البيع الصحيح صورة إما أن ينتقض بالاستحقاق أو بالخيار أو بهلاك المبيع قبل قبضه ، ولا فرق فى الأولين بين ما قبل القبض وما بعده لعدم الملك أصلا فتخصيصه الحكم بما قبل القبض دليل على أنه أراد البيع الفاسد ، فإذا زوجها المشترى قبل القبض ثم فسخ العقد يظهر بطلان النكاح لكونه قبل الملك ، بخلاف ما إذا زوجها بعده لأنه زوجها وهى فى ملكه فلا ينفسخ النكاح بفسخ البيع . وأما إذا ماتت الجارية قبل قبضها فى يد البائع فقد صرح فى متفرقات بيوع البحر عن الفتح بأنه لا يبطل النكاح وإن

كرجوع هبة وعجز مكاتب وفك رهن عاد حق الفسخ لو قبل القضاء بالقيمة لا بعده (ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما) فيخلفه الوارث به يفتى (و) بعد الفسخ (لا يأخذه) بائعه (حتى يرد ثمنه) المنقود ، بخلاف مالو شرى من مديونه بدينه شراء فاسدا فليس للمشترى حبسه لاستيفاء دينه كإجارة ورهن وعقد صحيح والفرق فى الكافى

بطل البيع (قوله كرجوع هبة) أى رجوع واهب فى هبته بقضاء أو بدونه كما فى البحر عن الفتح (قوله عاد حق الفسخ) لأن هذه العقود لم توجب الفسخ من كل وجه فى حق الكل فصولين ، وكذا لو فسخ البيع بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمته ازوال المانع ، ولو رد بعيب بلا قضاء لا يعود حق الفسخ ، كما لو اشتراه ثانيا بحر لأن رده بلا قضاء عقد جديد فى حق ثالث (قوله لا بعده) أى لو زال المانع بعد القضاء بالقيمة على المشترى لا يعود حق الفسخ ، لأن القاضى أبطل حق البائع فى العين ، ونقله إلى القيمة بإذن الشرع فلا يعود حقه إلى العين وإن ارتفع السبب ، كما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الإباق ثم عاد العبد ذخيرة ، ومراده بالقيمة ما يعم المثل (قوله بموت أحدهما) وكذا بالإجارة والرهن كما علمته (قوله حتى يرد ثمنه) أى ما قبضه البائع من ثمن أو قيمة كما فى الفتح (قوله المنقود) لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن فتح ، والمراد بالمنقود المقبوض احترازا عن الدين (قوله بخلاف مالو شرى) أى بخلاف غير المنقود كما لو شرى الخ (قوله كاجارة ورهن) أى فاسدين اه ح ، وقوله وعقد صحيح قيل صوابه بخلاف عقد صحيح لما فى النهر أما إذا لم يكن الثمن منقودا ، كما إذا اشترى من مدينه عبدا بدين سابق شراء فاسدا وقبضه بالإذن فأراد البائع أخذه بحكم الفساد ليس للمشترى حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والإجارة الفاسدة ، وكذا الرهن الفاسد على هذا بخلاف ما إذا كان العقد صحيحا فى الأبواب الثلاثة اه :

قلت هذا بناء على ما فهمه المعترض وهو غير متعين لأنه يمكن حمل كلام الشارح على وجه صحيح ، وهو أن قوله كإجارة ورهن راجع لأصل المسألة ، وهو قوله لا يأخذه حتى يرد الثمن المنقود فيكون المراد ما إذا كان بدل الإجارة والرهن منقودين :

قال فى البحر : أشار المؤلف إلى أنه لو استأجر إجارة فاسدة ونقد الأجرة أو ارتهن رهنا فاسدا أو أقرض قرضا فاسدا وأخذ به رهنا كان له أن يحبس ما استأجر ، وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز إذا تفاسخا اه ونحوه فى الفتح ، وعليه فقوله وعقد صحيح قصد بذكره أن هذه العقود مثله إذا كان البدل فيها منقودا فإنه إذا كان منقودا لا فرق بين العقد الصحيح والفاسد فى ثبوت حق الحبس بعد الفسخ فى الكل ، بل الفرق بينهما فى غير المنقود :

قال فى جامع الفصولين برمز الخانية : شرى من مديونه فاسدا ففسخ ليس له حبس المبيع لاستيفاء دينه ، وكذا لو آجر من دائنه إجارة فاسدة . ولو كان عقد البيع أو الإجارة جائزا فله الحبس لدينه اه ، فأفاد أن له الحبس فى العقد الجائز إذا كان البدل غير دين بالأولى فافهم (قوله والفرق فى الكافى) أى الفرق بين الفاسد والصحيح إذا كان البدل غير منقود حيث يملك الحبس فى الصحيح دون الفاسد هو ما ذكره فى كافى النسفى :

وحاصله أنه لما وجب للمدين على المشترى مثل الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فاعتبر بما لو استوفيا حقيقة فكان له حق الحبس ، وفى الفساد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض وهى قبله غير مقررة لاحتمالها السقوط بالفسخ ودين المشترى مقرر ، والمقاصة إنما تكون عند الاستواء وصفا فلم يكن له حق

(فإن مات) أحدهما أو المؤجر أو المستقرض أو الراهن فاسداً عيني وزيلعي بعد الفسخ (فالمشترى) ونحوه (أحق به) من سائر الغرماء بل قبل تجهيزه فله حق حبسه حتى يأخذ ماله (فيأخذ) المشترى (دراهم الثمن بعينها او قائمة ، ومثلها او هالكة) بناء على تعين الدراهم في البيع الفاسد وهو الأصح (و) إنما (طاب للبائع ماربح) في الثمن

الحبس اه (قوله فإن مات أحدهما) عبارة الزيلعي : فإن مات البائع وهي أنسب لقول المصنف فالمشترى أحق (قوله والمستقرض) بأن استقرض قرضا فاسدا وأعطى به رهنا بحر (قوله فاسدا) حال من الكل ، وفيه وصف العاقد بصفة عقده مجازا لأنه محله (قوله بعد الفسخ) نص على المتوهم فإن الحكم كذلك قبل الفسخ بالأولى ط (قوله فالمشترى ونحوه) أي المستأجر والمقرض والمرتهن .

وحاصله أن الحي الذي بيده عين المبيع أو المستأجر أو الراهن أحق بما في يده من العين من غرماء الآخر الميت حتى يقبض ما نقد قال في الفتح لأنه مقدم عليه قال في حياته ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته ، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشترى بقدر ما أعطى ، فما فضل فللغرماء اه . قال الرحمتي : لكن سيأتي في كتاب الإجارة أن الراهن فاسدا أسوة (١) الغرماء ؛ وسيأتي آخر الرهن مثل ما هنا ووفقنا بأن ما هنا وما يأتي في الرهن إذا كان الرهن سابقا على الدين ، وما في الإجارة إذا كان الدين متقدما على الرهن اه وسيأتي توضيحه في آخر الرهن إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] لم يذكر ما إذا مات المشترى فاسدا . وفي الخلاصة والبزازية : ولو مات المشترى فالبائع أحق من سائر الغرماء بماليته ، فإن زاد شيء فهو للغرماء اه ومعناه أنه لو اشترى عبدا فاسدا وتقابضا ثم مات المشترى وعليه ديون وفسخ البائع البيع مع الورثة فالبائع أحق بمالية العبد وهي ما قبضه من المشترى حتى يسترد العبد المبيع ، كما لو مات البائع فإن كانت قيمة العبد أكثر مما قبض فالزائد للغرماء ، هذا ما ظهر لي فتأمله (قوله بل قبل تجهيزه) أي تجهيز البائع أو المؤجر وما بعده ، بمعنى أنه لو مات وكان المبيع ثوبا مثلا احتيج لتكفينه به فالمشترى حبسه حتى يأخذ ماله : قال ط : والأولى أن يقول بل من تجهيزه .

مطلب في تعيين الدراهم في العقد الفاسد

(قوله بناء على تعين الدراهم) المراد بها مايشمل الدنانير . وفي الأشباه : النقد لا يتعين في المعاوضات ، وفي تعيينه في العقد الفاسد روايتان ، ورجح بعضهم تفصيلا بأن ما فسد من أصله أي كما لو ظهر المبيع حرا أو أم ولد يتعين فيه لا فيما انتقض بعد صحته : أي كما لو هلك المبيع قبل التسليم والصحيح تعينه في الصرف بعد فساده وبعد هلاك المبيع ، وفي الدين المشترك فيؤمر برد نصف ماقبض على شريكه ، وفيما إذا تبين بطلان القضاء ، فلوا دعى على آخر مالا وأخذه ثم أقر أنه لم يكن له على خصمه حق فعلى المدعى رد عين ما قبض ما دام قائما ، ولا يتعين في المهر ولو بعد الطلاق قبل الدخول فترد مثل نصفه ولذا لزمها زكاته لو نصابا حوليا عندها ولا في النذر والوكالة قبل التسليم ؛ وأما بعده فالعامة كذلك وتتعين الأمانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب ، وتمامه في جامع الفصولين اه (قول المصنف وطاب للبائع ما ربح لا للمشترى) صورة المسألة ما ذكره محمد في الجامع الصغير : اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بألف درهم وتقابضا وربح كل منهما فيما قبض يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم اه .

---

(١) (قوله ان الراهن أسوة) لعل صوابه أن المرتهن أسوة الغرماء ، إذ لا معنى لكون الراهن أسوة الغرماء فإنه مطلوب لا طالب اه.

لاعلى الرواية الصحيحة المقابلة للأصح ، بل على الأصح أيضا لأن الثمن فى العقد الثانى غير متعين ، ولا يضر تعيينه فى الأول كما أفاده سعدى (لا) يطيب (للمشترى) ماربح فى بيع يتعين بالتعيين بأن باعه بأزيد لتعلق العقد بعينه فتمكن الخبث فى الربح فيتصدق به (كما طاب ربح مال ادعاه) على آخر فصدقه على ذلك (فقضى له) أى أو فاه إياه (ثم ظهر عدمه بتصادقهما) أنه لم يكن عليه شئ لأن بدل المستحق مملوكا ملكا فاسدا ، والخبث لفساد الملك إنما يعمل فيما يتعين لا فيما لايتعين ، وأما الخبث لعدم الملك كالغصب فيعمل فيهما كما بسطه خسرو وابن الكمال .

وقول الشارح وإنما طاب الخ أورده فى صورة جواب عما استشكله صدر الشريعة وصاحب العناية والفتح والدرر والبحر والمنح وغيرهم ، من أن المذكور فى المتون من أن الربح يطيب للبائع فى الثمن النقد هو الموافق للرواية المنصوصة فى الجامع الصغير ، وهو صريح فى أن الدراهم لا تتعين فى البيع الفاسد فيناقض قولهم إن تعينها فيه هو الأصح فإنه يقتضى أن الأصح أنه لا يطيب الربح للبائع فيما قبض . وقد أجاب العلامة سعدى جلبى فى حاشية العناية بما أشار إليه الشارح وهو أنه يطيب على كل من القولين ، لأن عدم التعيين إنما هو فى العقد الثانى الصحيح لا فى العقد الأول الفاسد اهـ .

وبيانه أنه إذا باع فاسدا وقبض دراهم الثمن ثم فسخ العقد يجب رد تلك الدراهم بعينها على المشترى لأن الأصح تعينها فى البيع الفاسد ؛ فلو اشترى بها عبدا مثلا شراء صحيحا طاب له ماربح لأنها لاتتعين فى هذا العقد الثانى لكونه عقدا صحيحا ، حتى لو أشار إليها وقت العقد له دفع غيرها فعدم تعينها فى هذا العقد الصحيح لاينافى كون الأصح تعينها فى العقد الفاسد . وقد أجاب العلامة الخير الرملى بمثل ما أجاب العلامة سعدى قبل اطلاعه عليه وقال إنى فى عجب عجيب من فهم هؤلاء الأجلاء التناقض من مثل هذا مع ظهوره (قوله لاعلى الرواية الصحيحة) أى القائلة بعدم تعين الدراهم فى العقد الفاسد اهـ ح (قوله فى بيع يتعين بالتعيين) أراد بالبيع المبيع ، وأشار بقوله يتعين بالتعيين كالعبد مثلا إلى وجه الفرق بين طيب الربح للبائع لا للمشترى ، وهو أن مايتعين بالتعيين يتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه ، والنقد لايتعين فى عقود المعاوضة ، فلم يتعلق العقد الثانى بعينه ، فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق كما فى الهداية ، وإنما لم يتعين النقد لأن ثمن المبيع يثبت فى الذمة ، بخلاف نفس المبيع لأن العقد يتعلق بعينه ، ومفاد هذا الفرق أنه لو كان بيع مقابضة لايطيب الربح لهما ، لأن كلا من البدلين مبيع من وجه ولو كان عقد صرف يطيب لهما ، لكن قدمنا آنفا عن الأشباه أن الصحيح تعينه فى الصرف بعد فساده وفى شرح البيرى عن الخلاطى أنه الصحيح المذكور فى عامة الروايات اهـ فافهم (قوله بأن باعه بأزيد) تصوير لظهور الربح فلا يطيب له ذلك الزائد عما اشترى به ، وأفاد أن ذلك فى أول عقد : وأما إذا أخذ الثمن واتجر وربح بعده أيضا يطيب له لعدم التعين فى العقد الثانى كما نبه عليه ط ، وهو ظاهر ممامر (قوله كما طاب الخ) صورته مافى الجامع الصغير أيضا : لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شئ وقد ربح المدعى فى الدراهم التى قبضها على أنها دينه يطيب له الربح ، لأن الدين وجب بالإقرار عند الدعوى ثم استحق بالتصادق وكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين ، وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا بدليل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد ، فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق إذ لاعتق فى غير الملك ، وتمامه فى الفتح (قوله لأن بدل المستحق مملوكا) كذا فيما رأيته فى عدة نسخ بنصب مملوكا ، وهو كذلك فى بعض نسخ النهر ، وفى بعضها بالرفع وهو الصواب على اللغة المشهورة فى رفع خبر إن (قوله فيما يتعين) كالعروض لافيما لايتعين كالنقود ، ومر بيانه (قوله كالغصب) وكالوديعة ، فإذا تصرف الغاصب أو المودع فى العرض أو النقد

وقال الكمال : لو تعمد الكذب فى دعواه الدين لايملكه أصلا ، وقواه فى النهر : وفيه : الحرام ينتقل ، فلو دخل بأمان وأخذ مال حربى بلا رضاه وأخرجه إلينا ملكه وصح بيعه ، لكن لايطيب له ولا للمشترى منه ، بخلاف البيع الفاسد فإنه لايطيب له لفساد عقده ويطيب للمشترى منه لصحة عقده : وفى حظر الأشباه : الحرمة تتعدد

يتصدق بالربح لتعلق العقد بمال غيره ، وتمامه فى الدرر (قوله وقال الكمال الخ) تقييد لما فى المتن (قوله لايملكه أصلا) لأنه متيقن أنه لاملك له فيه فتح : أى فلا يطيب له ماربح مطلقا سواء تعين أولا (قوله وقواه فى النهر) بتصريحهم فى الإقرار بأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذب فى إقراره لايحل له أخذه عن كره منه ، أما لو اشتبه الأمر عليه حل له الأخذ عند محمد خلافا لأبى يوسف ، وحينئذ لايطيب له ربحه ، ويحمل الكلام ههنا على ما إذا ظن أن عليه دينا بالإرث من أبيه ثم تبين أن وكيله أو فاه لأبيه فتصادقا على أن لادين فحينئذ يطيب له ، وهذا فقه حسن فتدبره اه ونقله عنه الرملى وأقره ، وبه اندفع مافى البحر من أن ظاهر إطلاقهم خلاف مافى الفتح (قوله الحرام ينتقل) أى تنتقل حرمته وإن تداولته الأيدى وتبدلت الأملاك ، ويأتى تمامه قريبا (قوله ولا للمشترى منه) فيكون بشرائه منه مسيئا لأنه ملكه بكسب خبيث ، وفى شرائه تقرير للخبث ويؤمر بما كان يؤمر به البائع من رده على الحربى ، لأن وجوب الرد على البائع إنما كان لمراعاة ملك الحربى ولأجل غدر الأمان ، وهذا المعنى قائم فى ملك المشترى كما فى ملك البائع الذى أخرجه ، بخلاف المشترى شراء فاسدا إذا باعه من غيره بيعا صحيحا فإن الثانى لايؤمر بالرد وإن كان البائع مأمورا به ، لأن الموجب للرد قد زال ببيعه ، لأن وجوب الرد بفساد البيع حكمه مقصور على ملك المشترى وقد زال ملكه بالبيع من غيره ، كذا فى شرح السير الكبير للسرخسى من الباب الخامس بعد المائة :

مطلب البيع الفاسد لايطيب له ويطيب للمشترى منه

(قوله ويطيب للمشترى منه لصحة عقده) فيه أن عقد المشترى فى المسألة الأولى صحيح أيضا ، وقد ذكر هذا الحكم فى البحر معزيا للإسبيجابى بدون هذا التعليل ، فكان المناسب إسقاطه :

ثم اعلم أنه ذكر فى شرح السير الكبير فى الباب الثانى والستين بعد المائة أنه إن لم يرد يكره للمسلمين شراؤه منه لأنه ملك خبيث بمنزلة المشترى فاسدا إذا أراد بيع المشترى بعد القبض يكره شراؤه منه وإن نفذ فيه بيعه وعتقه لأنه ملك حصل له بسبب حرام شرعا اه فهذا مخالف لقوله ويطيب للمشترى : وقد يجاب بأن ماأخرجه من دار الحرب لما وجب على المشترى رده على الحربى ابقاء المعنى الموجب على البائع رده تمكن الخبث فيه فلم يطب للمشترى أيضا كالبائع ، بخلاف البيع الفاسد فإن رده واجب على البائع قبل البيع لا على المشترى لعدم بقاء المعنى الموجب للرد كما قدمناه فلم يتمكن الخبث فيه فلذا طاب للمشترى ، وهذا لاينافى أن نفس الشراء مكروه لحصوله للبائع بسبب حرام ، ولأن فيه إعراضا عن الفسخ الواجب ، هذا ماظهر لى :

مطلب الحرمة تتعدد

(قوله الحرمة تتعدد الخ) نقل الحموى عن سيدى عبد الوهاب الشعرانى أنه قال فى كتابه المنن : ومانقل عن بعض الحنيفة من أن الحرام لايتعدى ذمتين : سألت عنه الشهاب بن الشلبى فقال : هو محمول على ما إذا لم يعلم بذلك ، أما لو رأى المكاس مثلا يأخذ من أحد شيئا من المكس ثم يعطيه آخر ثم يأخذ من ذلك الآخر آخر فهو حرام اه :

مع العلم بها إلا فى حق الوارث ، وقيده فى الظهيرية بأن لايعلم أرباب الأموال ،وسنحققه ثمة :

(بنى أو غرس فيما اشتراه فاسدا) شروع فيما يقطع حق الاسترداد من الأفعال الحسية بعد الفراغ من القولية (لزمه قيمتهما) وامتنع الفسخ . وقالا : ينقضهماويرد المبيع ، ورجحه الكمال . وتعقبه فى النهر لحصولهما بتسليط البائع ،

مطلب فيمن ورث مالا حراما

(قوله إلا فى حق الوارث الخ) أى فإنه إذا علم أن كسب مورثه حرام يحل له ، لكن إذا علم المالك بعينه فلا شك فى حرمته ووجوب رده عليه ، وهذا معنى قوله وقيده فى الظهيرية الخ : وفى منية المفتى : مات رجل ويعلم الوارث أن أباه كان يكسب من حيث لايحل ولكن لايعلم الطالب بعينه ليرد عليه حل له الإرث والأفضل أن يتورع ويتصدق بنية خصماء أبيه اه وكذا لايحل إذا علم عين الغصب مثلا وإن لم يعلم مالكه ، لما فى البزازية أخذ مورثه رشوة أو ظلما ، إن علم ذلك بعينه لايحل له أخذه وإلا فله أخذه حكما أما فى الديانة فيتصدق به بنية إرضاء الخصماء اه .

والحاصل أنه إن علم أرباب الأموال وجب رده عليهم ، وإلا فإن علم عين الحرام لايحل له ويتصدق به بنية صاحبه وإن كان مالا مختلطا مجتمعا من الحرام ولا يعلم أربابه ولاشيئا منه بعينه حل له حكما ، والأحسن ديانة التنزه عنه ففى الذخيرة : سئل الفقيه أبو جعفر عمن اكتسب ماله من أمراء السلطان ومن الغرامات المحرمات وغير ذلك هل يحل لمن عرف ذلك أن يأكل من طعامه؟ قال أحب إلى فى دينه أن لايأكل ويسعه حكما إن لم يكن ذلك الطعام غصبا أو رشوة وفى الخانية : امرأة زوجها فى أرض الجور ، إن أكلت من طعامه ولم يكن عين ذلك الطعام غصبا فهى فى سعة من أكله وكذا لو اشترى طعاما أو كسوة من مال أصله ليس بطيب فهى فى سعة من تناوله والإثم على الزوج اه (قوله وسنحققه ثمة)أى فى كتاب الحظر والإباحة . قال هناك بعد ذكره ماهنا لكن فى المجتبى : مات وكسبه حرام فالميراث حلال ، ثم رمز وقال : لانأخذ بهذه الرواية ، وهو حرام مطلقا على الورثة فتنبه اه ح ، ومفاده الحرمة وإن لم يعلم أربابه وينبغى تقييده بما إذا كان عين الحرام ليوافق مانقلناه ، إذ لو اختلط بحيث لايتميز يملكه ملكا خبيثا ، لكن لايحل له التصرف فيه مالم يؤد بدله كما حققناه قبيل باب زكاة المال فتأمل :

مطلب فى أحكام زيادة المبيع فاسدا

(قوله بنى أو غرس فيما اشتراه فاسدا) وكذا لو شرى فاسدا قاضبان نخل فغرسه وأطعم وإن شراه ،طعما فغرسه فكذلك عنده ، وعند الثانى يقلعه إن لم يضر الأرض ذخيرة (قوله لزمه قيمتهما) أى قيمة الدار والأرض منح والأولى إفراد الضمير لأن العطف بأو ، وعلله الكرخى فى مختصره بأن البناء استهلاك عند الإمام : أى ومثله الغرس لأن البناء والغرس يقصد بهما الدوام وقد حصلا بتسليط من البائع فينقطع بهما حق الاسترداد كالبيع (قوله ورجحه) حيث قال وقولهما أوجه ، وكون البناء يقصد للدوام يمنع للاتفاق فى الإجارة على إيجاب القلع ، فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا ، فإن قال إن المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا المشترى فاسدا أيضا يكلف القلع عندنا اه (قوله وتعقبه فى النهر الخ) حيث قال : أقول : البناء الحاصل بتسليط البائع إنما يقصد به الدوام ، بخلاف الإجارة ؛ وبهذا عرف أن محط الاستدلال إنما هو التسليط من البائع ، وكل ماهو كذلك ينقطع به حق الاسترداد اه .

قلت : وفيه أن المؤجر أيضا سلط المستأجر على الانتفاع بأرضه والمستأجر يملك البناء ، فالأحسن الجواب بالفرق

وكذا كل زيادة متصلة غير متولدة كصبغ وخياطة وطحن حنطة ولت سويق وغزل قطن وجارية علقت منه فلو منفصلة كولد أو متولدة كسمن فله الفسخ ؛ ويضمنها باستهلاكها سوى منفصلة غير متولدة جوهرة : وفي جامع الفصولين : لو نقص في يد المشترى بفعل المشترى أو المبيع أو بآفة سماوية أخذه البائع مع الأرش ، ولو بفعل البائع صار مستردا

بين التسليطين بأن البائع سلطه على المبيع على وجه قد ينقطع به حق الاسترداد ، بأن يخرجه عن ملكه ببيع ونحوه أو بأن يفعل فيه مايقصد به الدوام لجواز أن لايطلب البائع الفسخ قبله ، بخلاف المؤجر فإنه إنما سلطه في وقت خاص وأما كون الفسخ حقا للشرع فلا يبطل بتسليط البائع فينقض بأنه قد بطل بإخراجه عن ملكه ببيع ونحوه وهو بتسليط البائع ، فكذا هنا تقديما لحق العبد لفقره ، وكون البيع ونحوه تعلق به حق الغير فيقدم : وهنا تعلق به حق العاقد العاصى فلا يقدم قد يمنع بأن العاصى لم يبطل الشرع حقه ، كمن غصب حجرا وجعله أس حائطه يضمن قيمته ولايكلف بنقض الحائط فافهم (قوله وكذا) أى ومثل البناء والغرس في امتناع الفسخ كل زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة منه (قوله وجارية علقت منه) جعله من الزيادة الغير المتولدة نظرا لماء الرجل ط (قوله فلو منفصلة كولد الخ) أى بأن ولدت من غير المشترى : وفي الجوهرة : لو كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة انقطع حق الفسخ ، وإن كانت متولدة أى كالسمن لاتمنع الفسخ وكذا منفصلة متولدة كالولد والعقر والأرش ، ولو هلكت هذه الزوائد في يد المشترى لايضمنها ، وإن استهلكها ضمن ، وإن هلك المبيع فقط فللبائع أخذها وأخذ قيمة المبيع يوم القبض ، وإن كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والهبة فللبائع أخذ المبيع معها ولاتطيب له ويتصدق بها ، وإن هلكت في يد المشترى لايضمن ، وكذا لو استهلكها عنده : وعندهما يضمن ، وإن استهلك المبيع فقط ضمنه والزوائد له لتقرر ضمان الأصل اهـ ملخصا : وبه علم أن الزيادة بأقسامها الأربع لاتمنع الفسخ إلا المتصلة الغير المتولدة ، أما المتصلة المتولدة كالسمن والمنفصلة المتولدة كالولد والغير المتولدة كالكسب فإنها لاتمنع الفسخ ، وأنه يضمن المنفصلة المتولدة بالاستهلاك لابالهلاك ، وكذا غير المتولدة عندهما لاعنده ، وهذا التقرير أيضا موافق لما في البحر عن جامع الفصولين (قوله سوى منفصلة غير متولدة) أى كالكسب ، وهذا استثناء من قوله ويضمنها باستهلاكها فإن هذه لاتضمن بالاستهلاك عند الإمام كما علمته :

مطلب أحكام نقصان المبيع فاسدا

(قوله لو نقص الخ) شروع في حكم نقصان المبيع فاسدا بعد بيان زيادته (قوله أخذه البائع مع الأرش) أى أرش النقصان ، ويجبر على ذلك لو أراده المشترى ، لما في جامع الفصولين : لو قطع ثوبا شراه فاسدا ولم يخطه حتى أودعه عند بائعه يضمن نقص القطع لا قيمته لوصوله إلى ربه إلا قدر نقصه فوقع عن الرد المستحق : قال : هذا التعليل إشارة إلى أن المبيع فاسدا إذا نقص في يد المشترى لايبطل حقه في الرد ، إذ لو بطل لما كان الرد مستحقا عليه اهـ فهو كما ترى ناطق بما قلنا رملى :

[تنبيه] لو زال العيب رجع المشترى على البائع بالأرش الذى دفعه إليه ، كما لو ابيضت عين الجارية في يد المشترى فاسدا وردها مع نصف القيمة ثم ذهب البياض فعلى البائع رد الأرش كما في التتارخانية ، ومثله ماقدمناه عنها فيما لو زوّج المشترى الأمة ثم فسخ البيع وأخذ البائع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها رجع المشترى على البائع بما أخذ (قوله صار مستردا) حتى لو هلك عند المشترى ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع جامع

ولو بفعل أجنبى خير البائع .

(وكره) تحريما منع الصحة (البيع عند الأذان الأول) إلا إذاتبايعا يمشيان فلابأس به لتعليل النهى بالإخلال بالسعى ، فإذا انتفى انتفى ، وقد خص منه من لاجمعة عليه ذكره المصنف :

(و) كره (النجش) بفتحتين ويسكن : أن يزيد ولا يريد الشراء أو يمدحه بما ليس فيه ليروجه ويجرى فى النكاح وغيره : ثم النهى محمول على ما (إذا كانت السلعة بلغت قيمتها ، أما إذا لم تبلغ لا) يكره لانتفاع الخداع عناية (والسوم على سوم غيره) ولو ذميا أو مستأمنا ،

الفصولين (قوله خير البائع) إن شاء أخذه من المشترى وهو يرجع على الجانى ، وإن شاء اتبع الجانى وهو لا يرجع على المشترى جامع الفصولين (قوله وكره تحريما مع الصحة) أشار إلى وجه تأخير المكروه عن الفاسد مع اشتراكهما فى حكم المنع الشرعى والإثم ، وذلك أنه دونه من حيث صحته وعدم فساد ، لأن النهى باعتبار معنى مجاور للبيع لا فى صلبه ولا فى شرائط صحته ، ومثل هذا النهى لا يوجب الفساد بل الكراهية كما فى الدرر . وفيها أيضا أنه لا يجب فسخه ويملك المبيع قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة اه لكن فى النهر عن النهاية أن فسخه واجب على كل منهما أيضا صونا لهما عن المحظور ، وعليه مشى الشارح فى آخر الباب ، ويأتى تمامه (قوله عند الأذان الأول) وهو الذى يجب السعى عنده (قوله إلا إذا تبايعا يمشيان الخ) قال الزيلعى : هذا مشكل ، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا ، فمن أطلقه فى بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ ، فلا يجوز بالرأى شرنبلالية : والجواب ما أشار إليه الشارح من أن النص معلل بالإخلال بالسعى ومخصص ، لكن ما مشى عليه الشارح هنا مشى على خلافه فى الجمعة تبعا للبحر والزيلعى (قوله وقد خص منه الخ) جواب ثان : أى والعام إذا دخله التخصيص صار ظنيا فيجوز تخصيصه ثانيا بالرأى : أى بالاجتهاد ، وبه اندفع قول الزيلعى فلا يجوز أى بالرأى :

قلت : وفيه نظر ، فإن إشكال الزيلعى من حيث أن قوله تعالى ــ وذروا البيع ــ مطلق عن التقييد بحالة دون حالة ، فإن مفاد الآية الأمر بترك البيع عند النداء ، وهو شامل لحالة المشى ، والذى خص منه من لا تجب عليه الجمعة هو الواو فى ــ فاسعوا ــ ولا يلزم منه تخصيص من ذكر أيضا فى ــ وذروا البيع ــ لأن القرآن فى النظم لا يلزم منه المشاركة فى الحكم كما تقرر فى كتب الأصول ، لنظيره قوله تعالى ــ أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ــ فإن الخطاب عام فى الموضعين ، لكن خص الدليل من الأول جماعة كالمريض العاجز ، ومن الثانى جماعة كالفقير مع أن المريض تلزمه الزكاة والفقير تلزمه الصلاة :

والحاصل أن الدليل خص من وجوب السعى جماعة كالمريض والمسافر ، ولم يرد الدليل بتخصيص هؤلاء من وجوب ترك البيع فيبقى الأمر شاملا لهم ، إلا أن يعلل بترك الإخلال بالسعى فيرجع إلى الجواب الأول فلم يفد الثانى شيئا فتأمل (قوله وكره النجش) لحديث الصحيحين « لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبع حاضر لباد » فتح (قوله أو يمدحه) تفسير آخر ، عبر عنه فى النهر بقيل نقلا عن القرمانى فى شرح المقدمة قال : وفى القاموس مايفيده (قوله فى النكاح وغيره) أى كالإجارة ، وهذا ذكره المصنف فى منحه (قوله لا يكره) بل ذكر القهستانى وابن الكمال عن شرح الطحاوى أنه فى هذه الصورة محمود (قوله والسوم على سوم غيره) وكذا البيع على بيع غيره . ففى الصحيحين « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان » إلى أن قال « وأن يستام الرجل على سوم أخيه » وفى الصحيحين أيضا « لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبه أخيه إلا أن يأذن له » :

وذكر الأخ فى الحديث ليس قيدا بل لزيادة التنفير نهر ،وهذا (بعد الاتفاق على مبلغ الثمن) أو المهر (وإلا لا) يكره لأنه بيع من يزيد ، وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحا وحلسا ببيع من يزيد (وتلقى الجاب) بمعنى المجلوب أوالجالب ، وهذا (إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر) على الواردين لعدم علمهم به فيكره للضرر والغرر (أما إذا انتفيا فلا) يكره ؛

(و) كره (بيع الحاضر للبادى) وهذا (فى حالة قحط وعوز وإلا لا) لانعدام الضرر ، قيل الحاضر المالك والبادى المشترى والأصح كما فى المجتبى أنهما السمسار والبائع لموافقته آخر الحديث « دعوا الناس يرزق بعضهم بعضا »

وصورة السوم أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله ؛

وصورة البيع أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن أفاده فى الفتح قال الخير الرملى : ويدخل فى السوم الإجارة ، إذ هى بيع المنافع (قوله بل لزيادة التنفير) لأن السوم على السوم يوجب إيحاشا وإضرارا ، وهو فى حق الأخ أشد منعا . قال فى النهر كقوله فى الغيبة : ذكرك أخاك بما يكره ، إذ لا خفاء فى منع غيبة الذمى (قوله وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحا وحلسا الخ) رواه أصحاب السنن الأربعة فى حديث مطول ذكره فى الفتح : وفى المصباح : الحلس كساء يجعل على ظهر البعير تحت رحله جمعه أحلاس كحمل وأحمال والحلس بساط يبسط فى البيت (قوله وتلقى الجاب) بفتحتين وهو المراد من تلقى الركبان فى الحديث المار ، وهذا يؤيد تفسيره بالجالب ، لأن الركبان جمع راكب ، لكن الذى فى المصباح والمغرب تفسيره بالمجلوب تأمل.

قال فى الفتح : وللتلقى صورتان :

إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم فى سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة : وثانيهما(١) أن يشترى منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر (قوله للضرر والغرر) لف ونشر مرتب ، فالضرر فى الصورة الأولى والغرر بتلبيس السعر فى الصورة الثانية (قوله وبيع الحاضر للبادى) لحديث الصحيحين عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الركبان ، وأن يبيع حاضر لباد » قال : قلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال : لايكون له سمسار فتح : والحاضر من كان من أهل الحضر خلاف البدو ، فالبادى من كان من أهل البادية أى البرية ، ويقال حضرى وبدوى نسبة إلى الحضر والبدو (قوله فى حالة قحط وعوز) القحط : انقطاع المطر . والعوز : بتحريك الواو الحاجة . قال فى المصباح : عوز الشىء عوزا من باب تعب عز فلم يوجد ، وعزت الشىء أعوزه من باب قال احتجت إليه فلم أجده (قوله قيل الحاضر المالك الخ) مشى عليه فى الهداية حيث قال : وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا فى الثمن الغالى لما فيه الإضرار بهم اه أى بأهل البلد . قال الخير الرملى : ويشهد لصحة هذا التفسير ما فى الفصول العمادية عن أبى يوسف : لو أن أعرابا قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك بأهل الكوفة قال أمنعهم عن ذلك ، قال ألا ترى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة فهذا أولى اه (قوله والأصح أنهما(٢) السمسار والبائع) بأن يصير الحاضر سمسارا للبادى البائع . قال فى الفتح الحلوانى : هو أن يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع ويقول له لاتبع أنت أنا أعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالى ، ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس (قوله لموافقته آخر الحديث) ولموافقته لتفسير راوى الحديث كما قدمناه عن الصحيحين (قوله دعوا الناس يرزق بعضهم بعضا) كذا فى البحر : والذى فى الفتح « دعوا الناس

---

(١) (قولة وثانيهما) هكذا بخطه ، والأولى وثانيتهما كما لايخفى اه مصححه .

(٢) (قوله والأصح أنهما الخ) الذى فى نسخ الشارح : والأصح كما فى المجتبى أنهما الخ اه .

ولذا عدى باللام لايمن (لا) يكره (بيع من يزيد) لمامر ويسمى بيع الدلالة (ولا يفرق) عبر بالنفى مبالغة فى المنع « للعنه عليه الصلاة والسلام من فرق بين والد وولده وأخ وأخيه » رواه ابن ماجه وغيره عينى : وعن الثانى فساده مطلقا ، وبه قال زفر والأئمة الثلاثة (بين صغير) غير بالغ (وذى رحم محرم منه) أى محرم من جهة الرحم لا الرضاع كابن عم هو أخ رضاعا فافهم (إلا إذا كان) التفريق بإعتاق وتوابعه ولو على مال ، أو ببيع ممن حلف بعتقه ، أو كان المالك كافرا لعدم مخاطبته بالشرائع ،

يرزق الله بعضهم من بعض » ونقل الخير الرملى عن ابن حجر الهيثمى أن بعضهم : زاد دعوا الناس فى غفلاتهم ، ونسبه لمسلم : قال : وهو غلط لا وجود لهذه الزيادة فى مسلم ، بل ولا فى كتب الحديث كما قضى به سبر ما بأيدى الناس منها اه (قوله ولذا عدى باللام لا بمن) هذا مرجح آخر للتفسير الثانى ، فإن اللام فى أن يبيع حاضر لباد تكون على حقيقتها وهى التعليل : أما على التفسير الأول تكون بمعنى من أو زائدة ، لأنه يقال بعت الثوب من زيد : قال فى المصباح : وربما دخلت اللام مكان من ؛ يقال بعتك الشيء وبعته لك فاللام زائدة زيادتها فى قوله تعالى ـ وإذ بوأنا لإبراهيم مكان البيت ـ والأصل بوأنا إبراهيم (قوله لما مر) أى قريبا من قوله وقد باع عليه الصلاة والسلام الخ (قوله ويسمى بيع الدلالة) أى بيع الدلال . قال فى الفتح . وهو صفة البيع فى أسواق المسمى بالبيع فى الدلالة .

مطلب فى التفريق بين الصغير ومحرمه

(قوله ولا يفرق) بالبناء للمجهول ، وهو أولى من قول النهر : ولا يفرق المالك ، لأن حذف الفاعل لا يجوز إلا أن يقال إنه تفسير للضمير الراجع إلى الملك المفهوم من المقام تأمل ، وكما يمنع المالك عن التفريق يمنع المشترى كما يأتى ، والكراهة فيه تحريمية كما فى الفتح (قوله عبر بالنفى مبالغة فى المنع) كذا فى الفتح . ووجهه أن شأن المسلم عدم فعل المحرم شرعا فكأنه أمر لا يقع منه فلا حاجة إلى نهيه عنه (قوله وعن الثانى الخ) قال العلامة نوح فى حواشى الدرر ، وعن أبى يوسف روايتان : رواية لا يجوز البيع فى قرابة الولاد ويجوز فى قرابة غيرها ، وهو الأصح فى مذهب الشافعى : وفى رواية لا يجوز فى الكل : أى قرابة الولاد وغيرها ، وهو قول الإمام أحمد لأن الأمر بالرد فى الحديث لا يكون إلا إلا الفاسد . وقال مالك : لا يجوز فى الأم ويجوز فى غيرها اه ، وما ذكره الشارح بعيد عن هذا ط (قوله غير بالغ) أشار به إلى أن مدة منع التفريق تمتد إلى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض ، وهو قول للشافعى وفى أظهر قوليه إلى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب . وقال بعض مشايخنا إذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به ، لأنهما من أهل النظر لأنفسهما وربما يريان المصلحة فى ذلك فتح (قوله وذى رحم) أطلقه فشمل ما إذا كان صغيرا أيضا أو كبيرا كما فى الهداية وغيرها ولذا قال بعده بخلاف الكبيرين (قوله أى محرم من جهة الرحم) أشار إلى أن الضمير فى منه راجع إلى الرحم لا إلى الصغير فلا بد أن تكون محرميته من جهة الرحم لا من الرضاع احترازا عن ابن عم هو أخ رضاعا فإنه رحم محرم لكن محرميته من الرضاع لا من الرحم ، وإلى ذلك أشار بقوله فافهم . وخرج أيضا بالأولى المحرم لا من الرحم كالأخ الأجنبى رضاعا وامرأة الأب والرحم غير المحرم كابن العم (قوله وتوابعه) هى التدبير والاستيلاد والكتابة ح (قوله ولو على مال) مبالغة على الإعتاق فقط كما لا يخفى ، فلو قدمه لكان أولى اه ح لكن إذا كان مما لا يخفى استوى فيه التقديم والتأخير فافهم (قوله أو ببيع ممن حلف بعتقه) أى إذا حلف بقوله إن ملكت هذا فهو حر فباعه المالك منه ليعتق لم يكره ، لأن العتق ليس بتفريق بل فيه زيادة التمكن من الاجتماع مع محرمه (قوله أو كان المالك كافرا) ظاهره ولو كان المشترى مسلما لكن لا يناسبه التعليل

أو متعددا ولو الآخر لطفله أو مكاتبه فلابأس به ، أو تعدد محارمه فله بيع ماسوى واحد غير الأقرب والأبوين والملحق بهما فتح ، أو (بحق مستحق)

مع أنه يكره التفريق بالشراء .وفى الفتح أما إذا كان كافرا فلا يكره لأنهم غير مخاطبين بالشرائع . والوجه أنه إن كان التفريق فى ملتهم حلالا لا يتعرض لهم إلا إن كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وإن كان ممتنعا فى ملتهم فلا يجوز اه وذكر قبله أنه يجوز للمسلم شراؤه من حربى مستأمن لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها وهو ذهابه إلى دار الحرب ، وفيه مفسدة الدين والدنيا ، أما الدين فظاهر ، وأما الدنيا فتعريضه للقتل والسبى اه . وظاهره أنه يكره للمسلم شراؤه من كافر غير حربى لعدم هذه المفسدة المعارضة ، وهو موافق لما استوجهه فيما مر ؛ وعلى هذا فلا وجه لما فى النهر من أن المراد بالحربى الكافر ، وبه ظهر أنه كان الأولى للشارح أى يقول كما فى البحر : أو كان البائع حربيا مستأمنا لمسلم فإنه لا يمنع المسلم من الشراء دفعا للمفسدة (قوله أو متعددا الخ) أى إذا كان المالك متعددا ، بأن كان أحدهما لزيد والآخر لعمرو فلا بأس بالبيع وإن كان العبد الآخر لطفل المالك الأول أو لمكاتبه ، إذ الشرط اجتماعهما فى ملك شخص واحد .قال فى البزازية : ولو أحدهما له والآخر لولده الصغير أو لمملوكه أو لمكاتبه أو مضاربه لايكره التفريق ، ولو كلاهما له فباع أحدهما من ابنه الصغير يكره اه ؛ وبقى ما إذا كانت الشركة فى كل منهما معا ،وظاهر القهستانى (١) عدم الكراهه أيضا فليراجع (قوله فلابأس) جواب لقوله ولو الآخر لطفله على أن لو شرطية لاوصلية ، وإنما فصله عما قبله مصرحا بالجواب للتنبيه على أنه لايكره وإن كان له ولاية على طفله بحيث يمكنه بيعهما معا بلا تفريق وإن كان له حق فى مال مكاتبه بحيث يمكن عود الآخر إلى ملكه إذا عجز المكاتب فافهم (قوله أو تعدد محارمه الخ) أى محارم الصغير ، كما لو كان له أخوان شقيقان مثلا أو عمان أو خالان أو أكثر فله بيع الزائد على الواحد منهم ، ويبقى الواحد مع الصغير ليستأنس به ؛ وله بيع الصغير مع واحد منهم لا وحده . قال فى الفتح : وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جازا استحسانا (قوله غير الأقرب) حال من ما اه ح ؛ فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم باع غير الشقيقة كما فى الفتح (قوله والأبوين) أى وغير الأبوين ، فإذا كان معه أبواه لايبيع واحدا منهما هو الصحيح فى المذهب كما فى البحر عن الكفاية (قو والملحق بهما) كأخ لأب وأخ لأم أو خال وعم ، فالمدلى بقرابة الأم قام مقامها ، والمدلى بالأب كالأب ؛ وإذا كان للصغير أب وأم واجتمعوا فى ملك واحد لايفرق بين أحدهم فكذا هنا ، وكذا لو كان له عمة وخالة أو أم أب وأم أم لم يفرق بينه وبين أحدهما جوهرة .

قلت : لكن الإلحاق بالأبوين إنما يعتبر عند عدم أحدهما ، لما فى الفتح : لو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الأم فى ظاهر الرواية وهو الصحيح ، لأن شفقة الأم تغنى عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها ، والجدة كالأم ؛ فلو كان له جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ، ولو كان معه عمة وخالة لم يباعوا إلا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة . ثم قال : ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة فالقياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما . وفى الاستحسان ، لا يباع لأن الأب فى الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذى بيع فيمتنع احتياطا ، فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه ، وإن كانوا فى درجة

---

(١) (قوله وظاهر القهستانى الخ) حيث قال : ولا بينهما إذا كانا لرجلين لكل منهما شقص أو لصبى ورجل أو لرجل وامرأته أو مكاتبه أو مضاربه ، وتمامه فى النظم اه. والشقص : الطائفة من الشئ كما فى المصباح ، فيمكن أن يكون مراده بالشقص واحدا تأمل ، ايكون المعنى لكل منهما عبد تأمل اه منه .

كخروجه مستحقا ، و (كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين) أو بإتلاف مال الغير (ورده بعيب) لأن النظر فى دفع الضرر عن الغير لا فى الضرر بالغير (بخلاف الكبيرين والزوجين) فلا بأس به خلافا لأحمد ، فالمستثنى أحد عشر .

(وكما يكره التفريق ببيع) وغيره من أسباب الملك كصدقة ووصية (يكره) بشراء إلا من حربى ابن ملك ، و (بقسمة فى الميراث والغنائم) جوهرة .

اعلم أن فسخ المكروه واجب على كل واحد منهما أيضا بحر وغيره لرفع الإثم مجمع . وفيه : وتصحح شراء كافر مسلما ومصحفا مع الإجبار على إخراجهما عن ملكه وسيجىء فى المتفرقات .

وكانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمة لايفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل ، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه ، ومثل الخال والعم أخ لأب وأخ لأم اه (قوله كخروجه مستحقا) بأن ادعى رجل أحدهما أنه له وأثبته (قوله بالجناية) كأن قتل أحدهما رجلا خطأ ودفعه سيده بها (قوله وبيعه بالدين) بأن كان مأذونا واستغرقه الدين (قوله لأن النظر الخ) يعنى أن المنظور إليه فى منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا إلحاق الضرر به : أى بالمالك ، فلو منعنا التفريق هنا كان إلزاما للضرر بالمالك كذا فى الفتح ، أى لأن المالك يتضرر بإلزامه الفداء لولى الجناية وإلزامه القيمة للغرماء وإلزامه المعيب من غير اختياره زيلعى (قوله والزوجين) أى ولو صغيرين زيلعى (قوله فالمستثنى أحد عشر) كان الواجب تقديم هذه الجملة على قوله بخلاف الكبيرين والزوجين لعدم دخولهما فى المستثنى منه اهح والأحد عشر : الإعتاق ، توابعه ، بيعه ممن حلف بعتقه كون المالك كافرا كونه متعددا ، تعدد المحارم ، ظهوره مستحقا ، دفعه بجناية ، بيعه بالدين ، بيعه بإتلاف مال ، رده بعيب . وزاد فى البحر ما إذا كان الصغير مراهقا ورضيت أمه ببيعه اه ط .

قلت فى الفتح : لو كان الولد مراهقا فرضى بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه اه . ويزاد أيضا مافى الفتح حيث قال : ومن صور جواز التفريق مافى المبسوط إذا كان للذمى عبد له امرأة أمة ولدت منه وأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمى على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقا بينه وبين أمه لأنه يصير مسلما بإسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله إلا من حربى) لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها كما قدمناه (قوله أيضا) أى كما فى البيع الفاسد ، وقدمنا عن الدرر أنه لا يجب فسخه ، وما ذكره الشارح عزاه فى الفتح أول باب الإقالة إلى النهاية ثم قال وتبعه غيره وهو حق ، لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان اه .

قلت : ويمكن التوفيق بوجوبه عليهما ديانة ، بخلاف البيع الفاسد ، فإنهما إذا أصرا عليه يفسخه القاضى جبرا عليهما . ووجهه أن البيع هنا صحيح ويملك قبل القبض ويجب فيه الثمن لا القيمة ، فلا يلى القاضى فسخه لحصول الملك الصحيح (قوله مجمع) عبارته : ويجوز البيع ويأثم اه وليس فيه ذكر الفسخ (قوله مسلما) أى رقيقا مسلما ط (قوله مع الإجبار الخ) أى لرفع ذل الكافر عن المسلم ولحفظ الكتاب عن الإهانة ط ، والله سبحانه أعلم .

فصل فى الفضولى

مناسبته ظاهرة ، وذكره فى الكنز بعد الاستحقاق لأنه من صوره :

(هو) من يشتغل بما لا يعنيه فالقائل لمن يأمر بالمعروف أنت فضولى يخشى عليه الكفر فتح :

واصطلاحا (من يتصرف فى حق غيره) بمنزلة الجنس (بغير إذن شرعى) فصل خرج به نحو وكيل ووصى (كل تصرف صدر منه) تمليكا كان كبيع وتزويج ، وإسقاطا كطلاق وإعتاق (وله مجيز) أى لهذا التصرف من يقدر على إجازته .

فصل فى الفضولى

نسبة إلى الفضول جمع الفضل : أى الزيادة وفتح الفاء خطأ ، ولم ينسب إلى الواحد وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصارى والأعرابى ط عن البناية : وفى المصباح : وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ، ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه ، لأنه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد (قوله مناسبته ظاهرة) هى توقف إفادة كل من الفاسد والموقوف الملك على شيء ، وهو القبض فى الأول والإجازة فى الثانى ح (قوله لأنه من صوره) ووجهه أن المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكى ، ومن باعك إنما باعك بغير إذنى فهو عين بيع الفضولى اه ح (قوله هو) أى لغة ولم يصرح بذلك اكتفاء بقوله بعده واصطلاحا الخ فافهم (قوله يخشى عليه الكفر) لأن الأمر بالمعروف وكذا النهى عن المنكر مما يعنى كل مسلم ، وإنما لم يكفر لاحتمال أنه لم يرد أن هذا فضول لا خير فيه بل أراد أن أمرك لا يؤثر أو نحو ذلك (قوله بمنزلة الجنس) فيدخل فيه الوكيل والوصى والولى والفضولى منح (قوله خرج به نحو وكيل ووصى) المراد خروج هذين وما شابههما لا هما فقط فهو نظير قولهم : مثلك لا يبخل ، فالوكيل والوصى يتصرفان بإذن شرعى ، وكذا الولى والقاضى والسلطان فيما يرجع إلى بيت المال ونحوه وأمير الجيش فى الغنائم (قوله كل تصرف الخ) ضابط فيما يتوقف على الإجازة ومالا يتوقف (قوله صدر منه) أى من فضولى أو من المتصرف مطلقا (قوله كبيع وتزويج) أشار إلى أن المراد بالتمليك ما يعم الحقيقى والحكمى (قوله أو إسقاط الخ) أى إسقاط الملك مطلقا. قال فى الفتح : حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وعتق ، وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها اه .

[تنبيه] قال فى البحر : والظاهر من فروعهم أن كل ما صح التوكيل به إذا باشره الفضولى يتوقف إلا الشراء بشرطه اه قال الخير الرملى : أى من العقود والإسقاطات ليخرج قبض الدين . فنى جامع الفصولين : من قبض دين غيره بلا أمره ثم أجاز الطالب لم يجز قائما أو هالكا اه .

قلت : هذا أحد قولين ذكرهما فى جامع الفصولين ؛ فإنه ذكر قبل ما مر رامزا إلى كتاب آخر ما نصه : قال لمديون ادفع إلى ألفا لفلان عليك فعسى يجيزه الطالب وأنا لست بوكيل عنه فدفع وأجاز الطالب يجوز ؛ ولو هلك بعد الإجازة هلك على الطالب ولو هلك ثم أجاز لا تعتبر الإجازة اه (قوله من يقدر على إجازته) كذا فسره فى الفتح ، فأفاد أنه ليس المراد المجيز بالفعل بل المراد من له ولاية إمضاء ذلك الفعل من مالك أو ولى كأب وجد ووصى وقاض كما مر بيانه قبيل باب المهر . وفى أحكام الصغار للاستروشنى من مسائل النكاح عن فوائد صاحب المحيط : صبية زوجت نفسها من كفء وهى تعقل النكاح ولا ولى لها فالعقد يتوقف على إجازة القاضى ؛ فإن كانت فى موضع لم يكن فيه قاض ،

(حال وقوعه انعقد موقوفا) ومالا يجيز له حالة العقد لاينعقد أصلا . بيانه : صبي باع مثلا ثم بلغ قبل إجازة وليه فأجازه بنفسه جاز لأن له وليا يجيزه حالة العقد، بخلاف مالو طلق مثلا ثم باغ فأجازه بنفسه لم يجز لأنه وقت العقد لا مجيز له فيبطل مالم يقل أوقعته فيصح إنشاء لا إجازة كما بسطه العمادى .

(وقف بيبع مال الغير) لو الغير بالغا عاقلا ، فلو صغيرا أو مجنونا لم ينعقد أصلا كما فى الزواهر معزيا للحاوى وهذا إن باعه على أنه (لمالكه) أما لو باعه على أنه لنفسه

إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضى تلك البلدة ينعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضى وإلا فلا ينعقد : وقال بعض المتأخرين : ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ اه فهذا صريح فى أن من ليس له ولى أو وصى خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه موقوف على إجازة ذلك القاضى أو إجازته بعد بلوغه . وهذا إذا كان تصرفا يقبل الإجازة احترازا عما إذا طلق أو أعتق كما يأتى ، وقد حررنا هذه المسألة قبيل كتاب الغصب من كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية فارجع إليه فإن فيه فوائد سنية (قوله انعقد موقوفا) أى على إجازة من يملك ذلك العقد ولو كان العاقد نفسه . بيانه ما فى الرابع والعشرين من جامع الفصولين : باعه أو زوّجه بلا إذن ثم أجاز بعد وكالته جاز استحسانا : باع مال يتيم ثم جعله القاضى وصياله فأجاز ذلك البيع صح استحسانا ولو تزوج بلا إذن مولاه ثم أذن له فى النكاح فأجاز ذلك النكاح جاز ، ولا يجوز إلا بإجازته ، ولو لم يأذن له ولكنه عتق جاز بلا إجازة بعد عتقه ، ولو تزوج الصبى أو باع ثم أذن له وليه أو بلغ لم يجز إلا بإجازته . وتمام الفروع هناك فراجعه (قوله ومالا يجيز له) أى وكل تصرف ليس له من يقدر على إجازته حالة العقد (قوله بيانه) أى بيان هذا الضابط المذكور ، وهذا يفيد أن الضمير فى قول المصنف : كل تصرف صدر منه راجع للمتصرف لا للفضولى لأن الصبى هنا لاينطبق عليه تعريف الفضولى المار لأنه يتصرف فى حق نفسه ، إلا أن يجاب أن مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولى ونحوه ، فالمراد بالحق فى التعريف ما يشمل العقد كما أفاده ط (قوله صبى) أى غير مأذون (قوله باع مثلا الخ) أى تصرف تصرفا يجوز عليه لو فعله وليه فى صغره كبيع وشراء وتزوج وتزويج أمته وكتابة قنه ونحوه ، فإذا فعله الصبى بنفسه يتوقف على إجازة وليه مادام صبيا ، ولو بلغ قبل إجازة وليه فأجاز بنفسه جاز ولم يجز بنفس البلوغ بلا إجازة جامع الفصولين (قوله بخلاف ما لو طلق مثلا) أى أو خلع أو حرر قنه مجانا أو بعوض أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج قنه امرأة أو باع ماله محاباة فاحشة أو شرى شيئا بأكثر من قيمته فاحشا أو عقد عقدا مما لو فعله وليه فى صباه لم يجز عليه فهذه كلها باطلة ، وإن أجازها الصبى بعد بلوغه لم تجز لأنه لامجيز لها وقت العقد فلم تتوقف على الإجازة إلا إذا كان لفظ إجازته بعد البلوغ يصلح لابتداء العقد فيصح ابتداء لا إجازة كقوله أوقعت ذلك الطلاق أو العتق فيقع لأنه يصلح للابتداء جامع الفصولين (قوله وقف بيع مال الغير) أى على الإجازة على ما بيناه . وفى حكم الغير : الصبى لو باع مال نفسه بلا إذن وليه كما علمت ثم إذا أجاز بيع الفضولى والثمن نقد فهو للمجيز ، أما لو كان عرضا فهو للفضولى لأنه صار مشتريا له وعليه قيمته للمجيز كما سيأتى (قوله لو الغير بالغا عاقلا الخ) لم أر ذلك فى الحاوى . ووجهه غير ظاهر إذا كان للصغير أو للمجنون ولى أو كان فى ولاية قاض لأنه يصير عقدا له مجيز وقت العقد فيتوقف على أنه مخالف ، لما قدمناه عن جامع الفصولين من أنه : لو باع مال يتيم ثم جعله وصيا له فأجاز ذلك البيع صح استحسانا فهذا صريح فى أنه انعقد موقوفا فإنه لو لم ينعقد أصلا لم يقبل الإجازة بعد ما صار وصيا ، ولعل مافى الحاوى قياس والعمل على الاستحسان (قوله وهذا) أى التوقف المفهوم من قول المصنف وقف (قوله على أنه لمالكه الخ) أى على أن البيع لأجل مالكه لا لأجل نفسه ، وهذا مأخوذ من البحر حيث قال : ولو قال المصنف باع ملك غيره لمالكه لكان أولى لأنه لو باعه

أو باعه من نفسه أو شرط الخيار فيه لمالكه المكلف أو باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك

لنفسه لم ينعقد أصلا كما فى البدائع اه. لكن صاحب المتن قال فى منحه: أقول يشكل على مانقله شيخنا على البدائع ماقالوه من أن المبيع إذا استحق لا ينفسخ العقد فى ظاهر الرواية بقضاء القاضى بالاستحقاق وللمستحق إجازته . وجه الإشكال أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذى هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة، ويشكل عليه بيع الغاصب فانه يتوقف على الإجازة ، فالظاهر ضعف ما فى البدائع ، فلا ينبغى أن يعول عليه لمخالفته لفروع المذهب اه . وذكر نحوه الخير الرملى ثم استظهر أن ما فى البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية .

أقول : يظهر لى أن ما فى البدائع لا إشكال فيه بل هو صحيح لأن قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا معناه لو باعه من نفسه فاللام بمعنى من ، فهو المسألة الثانية من المسائل الخمس، وحينئذ فمراد البدائع أن الموقوف ما باعه لغيره ؛ أما لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا ، فالخلل إنما جاء مما فهمه صاحب البحر من أن اللام للتعليل ، وأنه احتراز عما إذا باعه لأجل مالكه ، ولله در أخيه صاحب النهر حيث وقف على حقيقة الصواب ، فقال عند قول الكنز : ومن باع ملك غيره يعنى لغيره ، أما إذا باع لنفسه لم ينعقد كذا فى البدائع اه لكنه لو عبر بمن بدل اللام لكان أبعد عن الإيهام ، وعلى كل فهو عين ما ظهر لى ، والحمد لله رب العالمين (قوله أو باعه من نفسه) لأنه يكون مشتريا لنفسه ، وقد صرحوا بأن الواحد لا يتولى الطرفين فى البيع أفاده فى المنح (قوله أو شرط الخيار للمالك(١)) قال فى النهر: وفى فروق الكرابيسى : لو شرط الفضولى الخيار للمالك بطل العقد لأنه له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا اه وكان ينبغى أن يكون الشرط لغوا فقط فتدبره اه أى لأنه إذا كان للمالك الخيار فى أن يجيز العقد أو يبطله يكون اشتراطه لافائدة فيه فيلغو ، وحيث لم يكن منافيا للعقد فينبغى أن لا يبطله . وظاهر التعليل أن المراد خيار الإجازة ، ومقتضى ما فى الأشباه أن المراد به خيار الشرط حيث قال خيار الشرط داخل على الحكم لا البيع فلا يبطله إلا فى بيع الفضولى . وقال البيرى : وتقييده بالمالك ليس بشرط ، بل إذا شرط الفضولى للمشترى له بأن قال اشتريت هذا لفلان بكذا على أن فلانا بالخيار ثلاثة أيام لايتوقف كما فى قاضيخان ومنية المفتى اه .

قلت : ولعل وجهه أن الأصل فساد العقد بشرط لايقتضيه العقد ولا يلائمه إلا فى صور منها ورود النص به كشرط الخيار ، وفائدته التروى دفعا للغبن ، ومن وقع له عقد الفضولى يثبت له الخيار بلا شرط غيره مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له ثلاثة أيام فقط مخالفا للنص . لأنه لافائدة فيه بل فيه ضرر بقصر المدة فلذا لم يتوقف على الإجازة بل بطل لضعف عقد الفضولى وإن كان الشرط الفاسد يقتضى الفساد لا البطلان ، هذا ماظهر لى ، والله سبحانه أعلم (قوله المكلف) قيد به لأن المالك إذا كان صبيا أو مجنونا فالبيع باطل وإن لم يشترط الخيار له فيه اهح وهذا بناء على مامر عن الحاوى وعلمت مافيه (قوله أو باع عرضا الخ) بيانه لرجل عبد وأمة فغصب زيد العبد وعمرو الأمة ثم باع زيد العبد من عمرو بالأمة فأجاز المالك البيع لم يجز . قال فى البحر : لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك فى البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه إجازة، ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالكان جاز ، ولو غصبا النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لاتتعين فى المعاوضات ، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ماغصب ، كذا فى الفتح من آخر الباب اه (قوله للمالك) أى مالك العرض الأول وهو متعلق بمحذوف نعت العرض آخر فيكون كل من العرضين لمالك

---

(١) (قوله أو شرط الخيار للمالك) كذا بخطه . والذى فى نسخ الشارح (أو شرط الخيار فيه لمالكه والمآل واحد) اه مصححه .

به فالبيع باطل .

والحاصل أن بيعه موقوف إلا فى هذه الخمسة فباطل ، قيد بالبيع لأنه لو اشترى لغيره نفذ عليه إلا إذا كان المشترى صبيا أو محجورا عليه فيوقف ، هذا إذا لم يضفه الفضولى إلى غيره ؛ فلو أضافه بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان توقف

واحد كما مشينا (قوله به) متعلق بقوله باع والضمير عائد على العرض الآخر (قوله إلا فى هذه الخمسة) أى الأربعة المذكورة هنا ، ومسألة الحاوى هى الخامسة ، وقد علمت أن الخامسة ليست كذلك وكذلك مسألة بيعه على أنه لنفسه فبقى المستثنى ثلاثة فقط وهى الآتية عن الأشباه .

قلت : ويزاد مافى جامع الفصولين : باع ملك غيره فشراه من مالكه وسلم إلى المشترى لم يجز والبيع باطل لافاسد ، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه ، حتى إن الغاصب لو باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه أما او شراه الغاصب من مالكه أو وهبه له أو ورثه منه لاينفذ بيعه قبله .ولو غصب شيئا وباعه فإن ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز بيعه لا لو ضمنه قيمته يوم البيع اه فهاتان مسألتان فرجعت المسائل المستثناة خمسا لكن فى الأخيرة كلام سيأتى (قوله نفذ عليه) أى على المشترى ، ولو أشهد أنه يشتريه لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشترى لأنه إذا لم يكن وكيلا بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالإجازة بعد ذلك لأنها إنما تلحق الموقوف لا النافذ فإن دفع المشترى إليه العبد وأخذ الثمن كان بيعا بالتعاطى بينهما ، وإن ادعى فلان أن الشراء كان بأمره وأنكر المشترى فالقول لفلان لأن الشراء بإقراره وقع له بحر عن البزازية (قوله فيوقف) أى على إجازة من شرى له ، فإن أجاز جاز وعهدته على المجيز لا على العاقد وهذا لأن الشراء إنما لايتوقف إذا وجد نفاذا ولا ينفذ هنا على العاقد أفاده فى جامع الفصولين (قوله هذا) أى نفاذ الشراء على الفضولى الغير المحجور (قوله فقال البائع بعته لفلان) أى وقال الفضولى اشتريت لفلان كما فى البزازية وغيرها ، لأن قوله بع أمر لايصلح إيجابا . وفى الفتح قال اشتريته لأجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعته منك لأجل فلان فقال اشتريت لم يتوقف لأنه وجد نفاذا على المشترى لأنه أضيف إليه ظاهرا ، وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه اه وذكر فى البزازية كذلك ، ثم قال : والصحيح أنه إذا أضيف العقد فى أحد الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازته وأقره فى البحر ، لكن فى البزازية أيضا : لو قال اشتريت لفلان وقال البائع بعت منك الأصح عدم التوقف اه . وظاهره أنه ينفذ على المشترى ، لكن نقل فى البحر هذه الأخيرة عن فروق الكرابيسى وقال بطل العقد فى أصح الروايتين لأنه خاطب المشترى فرده لغيره فلا يكون جوابا فكان شطر العقد ، بخلاف قوله بعته لفلان فقال اشتريت له أو قبلت ولم يقل له ، وقوله بعت من لفلان فقال اشتريت لأجله أو قبلت فإنه يتوقف لإضافته إلى فلان فى الكلامين . قال فى النهر وعلى هذا فالاكتفاء بالإضافة فى أحد الكلامين بأن لايضاف إلى الآخر اه :

وحاصله أن مامر عن البزازية من تصحيح التوقف بالإضافة إلى فلان فى أحد الكلامين محمول على ما إذا لم يضف العقد فى أحد الكلامين إلى المشترى فلا ينافى ماصححه فى الفروق ، وعليه فلو أضيف فى أحدهما إلى المشترى وفى الآخر إلى فلان بطل العقد كقوله بعت منك فقال اشتريت لفلان أو بالعكس ، لأن الكلام الثانى لايصلح قبولا للإيجاب ، لكن لايخفى أن صريح تصحيح البزازية أنه إذا أضيف إلى فلان في أحد الكلامين يتوقف ، والمفهوم من تصحيح الفروق أنه لايتوقف إلا إذا أضيف إليه فى الكلامين وهو المفهوم من كلام الفتح السابق ، فصار الحاصل أنه إذا أضيف إلى فلان فى الكلامين توقف على إجازته وإلا نفذ على المشترى مالم يضف إلى الآخر

بزازية وغيرها (و) وقف (بيع العبد والصبى المحجورين) على إجازة المولى والولى وكذا المعتوه : وفى العمادية وغيرها : لاتنعقد أقارير العبد ولا عقوده، وسنحققه فى الحجر (و) وقف (بيع ماله من فاسد عقل غير رشيد) على إجازة القاضى (و) وقف (بيع المرهون والمستأجر والأرض فى مزارعة الغير) على إجازة مرتهن ومستأجر

صريحا فيبطل ، ووقع فى بعض الكتب هنا اضطراب وعدول عن الصواب كما يعلم من مراجعة نور العين، وهذا ماتحصل لى بعد التأمل ، والله سبحانه أعلم (قوله بزازية وغيرها) يوجد هنا فى بعض النسخ زيادة نقلت من نسخة الشارح ونصها : قيد ببيعه لمالكه لأن بيعه لنفسه باطل كما فى البحر والأشباه عن البدائع كأنه لأنه غاصب ،وكذا من نفسه لأن الواحد لايتولى طرفى البيع إلا الأب كما مر.

وعبارة الأشباه : وبيع الفضولى موقوف إلا فى ثلاث فباطل : إذا باع لنفسه بدائع : وإذا شرط الخيار فيه للمالك تلقيح : وإذا باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك به فتح ، لكن ضعف المصنف الأولى لمخالفتها لفروع المذهب ، لتصريحهم بأن بيع الغاصب موقوف ، وبأن المبيع إذا استحق فللمستحق إجازته على الظاهر مع أن البائع باع لنفسه لاللمالك الذى هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة . وأما الثانية ففى النهر : وينبغى إلغاء الشرط فقط.

قلت : وحاصله كما قاله شيخنا أن بيعه موقوف ولو لنفسه على الصحيح اه لكن فى حاشية الأشباه لابن المصنف : وزدت مسألتين من الحاوى : وهما بيع الفضولى مال صغير ، ومجنون لاينعقد أصلا ، هذا آخرما وجدته من الزيادة ، ولا يخفى مافيها من التكرار ، وكأن الشارح قصد أن يعدل إليها عما كتبه أولا من قوله أما لوباعه إلى قوله قيد بالبيع (قوله المحجورين) أخرج المأذونين فلا يتوقف بيعهما ط (قوله وكذا المعتوه) أى حكمه فى البيع كحكم الصبى والعبد المحجورين ط (قوله وسنحققه فى الحجر) حيث قال : وصح طلاق عبد وإقراره فى حق نفسه فقط لاسيده ، فلو أقر بمال آخر إلى عتقه لو لغير مولاه ولو له هدر وبحد وقود أقيم فى الحال لبقائه على أصل الحرية فى حقهما ، ومن عقد عقدا يدور بين نفع وضرر من هؤلاء المحجورين وهو يعقله أجاز وليه أورد ، وإن لم يعقله فباطل ، وإن أتلفوا شيئا ضمنوا لكن ضمان العبد بعد العتق اه . وبه ظهر أن قول العمادية لاتنعقد الخ ليس على إطلاقه وأن مراده بلا تنعقد لاتنفذ : فيشمل ماينعقد موقوفا وما لاينعقد أصلا فلا يخالف مافى المتن (قوله ووقف بيع ماله من فاسد عقل الخ) كذا فى الدرر . وفى أول البيع الفاسد من البحر عن الخلاصة : وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضى اه وهذا أولى لأن الكلام فى توقف المبيع : أما على مافى المتن فالموقوف شراء فاسد العقل . أما البيع الصادر من الرشيد فغير موقوف ، ولذا قال فى الشرنبلالية : هذا التركيب فيه نظر : والمسألة من الخانية الصبى المحجور إذا بلغ سفيها يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة الوصى أو القاضى . وفى الخلاصة إذا باع ماله وهو غير رشيد يتوقف على إجازة القاضى اه.

قلت : وهذا على قولهما : أما على قول الإمام فتصرفه صحيح كما سيأتى فى بابه.

مطلب فى بيع المرهون المستأجر

(قوله ووقف بيع المرهون والمستأجر الخ) أي فإن أجازه المرتهن والمستأجر نفذ وهل يملكان الفسخ، قيل لا وهو الصحيح ، وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر لأن حقه فى المنفعة ، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفى الرهن يسقط . وتمامه فى البحر ، وجزم فى الخانية بالثانى ، لكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الزيلعى : لا يملك المرتهن الفسخ فى أصح الروايتين اه وليس للراهن والمؤجر الفسخ . وأما المشترى فله خيار الفسخ إن لم

ومزارع (و) وقف (بيع شئ برقمه) أى بالمكتوب عليه ، فإن علمه المشترى فى مجلس البيع نفذ وإلا بطل .
قلت : وفى مرابحة البحر أنه فاسد له عرضية الصحة لا بالعكس هو الصحيح ، وعليه فتحرم مباشرته ، وعلى الضعيف لا ، وترك المصنف قول الدرر وبيع المبيع من غير مشتريه لدخوله فى بيع مال الغير :

يعلم بالإجارة والرهن عند أبى يوسف ، وعندهما له ذلك وإن علم وعزى كل منهما إلى ظاهر الرواية كما فى الفتح ، لكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الولوالجية أن قولهما هو الصحيح ، وعليه الفتوى . بقى لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق ، وكذا المرتهن إذا قضى دينه كما فى جامع الفصولين . وفيه أيضا عن الذخيرة : البيع بلا إذن المستأجر نفذ فى حق البائع والمشترى لا فى حق المستأجر فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك البيع ولا حاجة إلى التجديد وهو الصحيح ، ولو أجازه المستأجر نفذ فى حق الكل ، ولا ينزع من يده ليصل إليه ماله ، إذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده وعن بعضنا أنه لو باع وسلم أجازها المستأجر بطل حق حبسه ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اه :

[تنبيه] لو بيع المستأجر من مستأجره لا يتوقف كما علم مما ذكرناه ، وبه صرح فى الفصولين وغيره : وفيه : باع المستأجر ورضى المشترى أن لا يفسخ الشراء إلى مضى مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع ، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ، ولا للبائع مطالبة المشترى بالثمن مالم يجعل المبيع بمحل التسليم (قوله ومزارع) صورته كما فى ح عن الفتاوى الهندية : إذا دفع أرضه مزارعة مدة معلومة على أن يكون البذر من قبل العامل فزرعها العامل أو لم يزرع فباع صاحب الأرض الأرض يتوقف على إجازة المزارع اه أى لأنه فى حكم المستأجر للأرض : وأما لو كان البذر من المالك فينفذ لو لم يزرع ، لأن المزارع أجير له ولو زرع لا لتعلق حق المزارع ، وتمامه فى جامع الفصولين (قوله نفذ) حقه أن يقول توقف ، لأنه إذا علم فى المجلس توقف على إجازته فيتخير بين أخذه وتركه لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما فى خيار الرؤية كما ذكره فى البحر من المرابحة (قوله وإلا بطل) المناسب لما بعده وإلا فسد (قوله قلت الخ) استدراك على المصنف ، فإن مفاد كلامه أن المتوقف صحته أى أنه صحيح له عرضية الفساد فهو مبنى على الضعيف ، ويمكن حمل كلام المصنف على ما بعد العلم فى المجلس (قوله وبيع المبيع من غير مشتريه) قال فى الدرر : صورته باع شيئا من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثانى ، حتى لو تفاسخا الأول لا ينعقد الثانى ، لكن يتوقف على إجازة المشترى إن كان بعد القبض ، وإن كان قبله فى المنقول لا ، وفى العقار على الخلاف اه وقوله أو لا لا ينعقد الثانى : معناه لا ينفذ بقرينة الاستدراك عليه بقوله لكن يتوقف الخ ، وأراد بالخلاف ما سيأتى فى فصل التصرف من أن بيع العقار قبل قبضه صحيح عندهما لا عند محمد ، فهو عنده كبيع المنقول . واعترضه فى الشرنبلالية بما حاصله أن الخلاف الآتى إنما هو فيما إذا اشترى عقارا فباعه قبل قبضه ، والكلام هنا فى بيع البائع :

قلت : لا يخفى أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فالبيع فى الحقيقة من المشترى ، ولذا قال فى جامع الفصولين : شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازه المشترى لم يجز لأنه بيع ما لم يقبض اه فاعتبره بيعا من جانب المشترى قبل قبضه فافهم ، وظاهره أنه يبقى على ملك المشترى بالأول ، ويأتى تمامه فى فصل التصرف فى المبيع (قوله لدخوله فى بيع مال الغير) لا يخفى أن فى هذه الصورة تفصيلا وفرقا بين الإجازة قبل القبض أو بعده وهو محتاج للتنبيه عليه ، بخلاف غيرها من بيع مال الغير ، فالأولى ذكرها كما فعل فى الدرر (قوله وبيع المرتد) فإنه موقوف عند الإمام على الإسلام ، ولا يتوقف عندهما ط (قوله إن علم فى المجلس صح) أى وله الخيار شرنبلالية عند قوله والبيع بما باع فلان ، والظاهر أن المسائل بعده كذلك (قوله وإلا بطل) غير مسلم لأنه

(وبيع المرتد والبيع بما باع فلان والبائع يعلم والمشترى لايعلم والبيع بمثل مايبيع الناس به أو بمثل ماأخذ به فلان) إن علم فى المجلس صح وإلا بطل ؛

(وببيع الشىء بقيمته) فإن بين فى المجلس صح وإلا بطل (وبيع فيه خيار المجلس) كما مر (و) وقف (بيع الغاصب) على إجازة المالك ؛ يعنى إذا باعه لمالكه لا لنفسه على مامر عن البدائع ؛ ووقف أيضا بيع المالك المغصوب على البينة ، أو إقرار الغاصب ، وبيع مافى تسلمه ضرر على تسليمه فى المجلس ، وبيع المريض لوارثه على إجازة الباق ، وبيع الورثة التركة المستغرقة على إجازة الغرماء ، وبيع أحد الوكيلين أو الوصيين أو الناظرين إذا باع بحضرة الآخر توقف على إجازته أو بغيبته فباطل ؛

فاسد يملك بالقبض شرنبلالية (قوله وبيع فيه خيار المجلس كما مر) الذى مر أول البيوع أنه إذا أوجب أحدهما فللآخر القبول فى المجلس ، لأن خيار القبول مقيد به ، فإذا قبل فيه لزم البيع بلا خيار إلا لعيب أو رؤية خلافا للشافعى ، فإن كان المراد خيار القبول ففيه كما قال الوانى أن البيع الموقوف إنما يكون بعد الإيجاب والقبول ، وإن كان المراد خيار الشرط ، ففى الشرنبلالية أنه ليس من الموقوف، والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح، وله الخيار مادام فيه . وإذا شرط الخيار ولم يقدر له أجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما فى الفتح اه . وبيانه أن الموقوف مقابل للنافذ ، وما فيه خيار مقابل للازم، فما فيه خيار غير لازم لا موقوف ، لكن قد يقال إن لزومه موقوف على إسقاط الخيار فيصح وصفه بالموقوف ، لكن على هذا لاحاجة للتقييد بالمجلس، بل كان عليه أن يقول وبيع فيه خيار الشرط ليشمل ماكان مقيدا بالمجلس وغيره ، ولئلا يتوهم منه خيار القبول. ثم إن ما نقله الشرنبلالى عن الفتح مخالف لما قدمه الشارح من أن خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل وأنه يفسد عند إطلاق أوتأبيد ، وقدمنا هناك أنه إذا أطلق عن التقييد بثلاثة أيام إنما يفسد إذا أطلق وقت العقد . أما لو باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار ما دام فى المجلس كما فى البحر عن الولوالجية وغيرها ، وحمل عليه فى البحر كلام الفتح (قوله على إجازة المالك) فلو تداولته الأيدى فأجاز عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة كما سيأتى تحريره؛ فى جامع الفصولين لو باعه الغاصب ثم ضمنه مالكه جاز البيع ، ولو شراه غاصبه من مالكه أو وهبه منه أوورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك (قوله يعنى إذا باعه لمالكه الخ) تبع فى ذلك المصنف مع أن المصنف ذكر فيما مر أن هذا مخالف لفروع المذهب ، فلا فرق بين بيعه لمالكه أو لنفسه وقد علمت الكلام على ما فى البدائع (قوله على البينة) أى إن أنكر الغاصب ط (قوله وبيع ما فى تسليمه ضرر) كبيع جذع من السقف سواء كان معينا أولا على ما فى النهر عن الفتح ، وقد علم أن المراد تعداد الموقوف . ولو صدر فاسدا فإن البيع فى هذه الصورة فاسد موقوف ط (قوله وبيع المريض لوارثه) أى ولو بمثل القيمة وهذا عنده ، وعندهما يجوز ويخير المشترى بين فسخ وإتمام لو فيه غبن أو محاباة قلت أو كثرت ، وكذا وصى الميت لو باعه من الوارث فهو على هذا الخلاف كذا وارث صحيح باع من مورثه المريض فهو على هذا الخلاف عنده لم يجز ولو بقيمته ، وعندهما يجوز جامع الفصولين (قوله على إجازة الباق) أو على صحة المريض، فإن صح من مرضه نفذ ، وإن مات منه ولم تجز الورثة بطل فتح (قوله على إجازة الغرماء) عزاه فى البحر إلى الزيلعى ، ومثله فى جامع الفصولين (قوله وبيع أحد الوكيلين) عزاه فى البحر إلى وكالة الزيلعى ، ثم ذكر أحد الوصيين أو الناظرين وقال توقف على إجازة الآخر أخذا من الوكيلين ولم أرهما الآن صريحا اه ؛

وأوصله فى النهر إلى نيف وثلاثين (وحكمه) أى بيع الفضولى اوله مجيز حال وقوعه كمامر (قبول الإجازة) من المالك (إذا كان البائع والمشترى والمبيع قائما) بأن لا يتغير المبيع بحيث يعد شيئا آخر لأن إجازته كالبيع حكما (وكذا) يشترط قيام (الثمن) أيضا (لو) كان عرضا (معينا) لأنه مبيع من وجه فيكون مالكا للفضولى ،

مطلب البيع الموقوف نيف وثلاثون

(قوله وأوصله) أى البيع الموقوف (قوله إلى نيف وثلاثين) أى ثمان وثلاثين ، ذكر المصنف والشارح منها ثلاثة وعشرين صورة(١) وذكر في النهر بيع غير الرشيد فإنه موقوف على إجازة القاضى . والذى ذكره المصنف هنا البيع منه وبيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشترى فإنه يتوقف على إجازة المشترى ، وما شرط فيه الخيار أكثر من ثلاث فإن الأصح أنه موقوف ، وشراء الوكيل نصف عبد وكل فى شراء كله فإنه موقوف إن اشترى الباقى قبل الخصومة نفذ على الموكل وبيع نصيبه من مشترك بالخلط أو الاختلاط فإنه موقوف على إجازة شريكه وتقدم ذلك أول كتاب الشركة ، وبيع المولى عبده المأذون فإنه موقوف على إجازة الغرماء ، وكذا بيعه أكسابه وبيع وكيل الوكيل بلا إذن فإنه موقوف على إجازة الوكيل الأول ؛ وبيع الصبى بشرط الخيار إذا بلغ الصبى فى المدة ، والبيع بما حل به أو بما يريده أو بما يحب أو برأس ماله أو بما اشتراه اه أى فإنه يتوقف على بيانه فى المجلس كما تقدم نظيره ط (قوله قبول الإجازة) أى ولو تداولته الأيدى كما قدمناه آنفا (قوله من المالك) أفاد أنه لا تجوز إجازة وارثه كما يذكره قريبا ويغنى عن هذا تصريح المصنف بأن من شروط الإجازة قيام صاحب المتاع (قوله بأن لا يتغير المبيع) علم منه حكم هلاكه بالأولى ، فإن لم يعلم حاله جاز البيع فى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه ، ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع فى شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك فتح ونهر ، ولو اختلفا فى وقت الهلاك فالقول للبائع أنه هلك بعد الإجازة لا للمشترى أنه هلك قبلها كما فى جامع الفصولين (قوله بحيث يعد شيئا آخر) بيان للمنفى وهو التغير ، فلو صبغه المشترى فأجاز المالك البيع جاز ، ولو قطعه وخاطه ثم أجاز لا يجوز لأنه صار شيئا آخر منح ودرر ، ومثله فى التتارخانية عن فتاوى أبى الليث ، ويخالفه ما فى البحر والبزازية أنه لو أجازه بعد الصبغ لا يجوز تأمل . وفى جامع الفصولين : باع دارا فانهدم بناؤها ثم أجاز يصح لبقاء الدار ببقاء العرصة (قوله لأن إجازته كالبيع حكما) أى ولا بد فى البيع من قيام هذه الثلاثة (قوله لو كان عرضا معينا) بأن كان بيع مقايضة فتح ، وقيده بالتعيين لأن الاحتراز عن الدين إنما يحصل به فإن العرض قد يكون دينا على ما ستقف عليه ابن كمال أى كالسلم (قوله فيكون ملكا للفضولى) أى فإذا هلك يهلك عليه ط وإنما توقف على الإجازة لأن إجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد ، بمعنى أن المالك أجاز للبائع أن ينقد ما باعه ثمنا لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد لأن العقد لازم على الفضولى كما فى العناية . قال فى البحر لأنه لما كان العوض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذا فيكون ملكا له وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته فى النقد لا فى العقد ، ثم يجب على الفضولى مثل المبيع إن كان مثليا وإلا فقيمته لأنه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده ، كما لو قضى دينه بمال الغير : واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وإن لم يجز قصدا ، ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد

---

(١) (قوله ثلاثة وعشرين صورة) هكذا بخطه ، ولعل الأولى ثلاثا بتجريده من التاء كما لا يخفى اه مصححه .

وعليه مثل المبيع لو مثليا وإلا فقيمته ، وغير العرض ملك للمجيز أمانة فى يد الفضولى ملتقى (و) كذا يشترط قيام (صاحب المتاع أيضا) فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته (و) حكمه أيضا (أخذ) المالك (الثمن أو طلبه) من المشترى ويكون إجازة عمادية ، وهل للمشترى الرجوع على الفضولى بمثله لو هلك فى يده قبل الإجازة الأصبح نعم إن لم يعلم أنه فضولى وقت الأداء لا إن علم قنية ، واعتمده ابن الشحنة وأقره المصنف ، وجزم الزيلعى وابن ملك بأنه أمانة مطلقا

الغير صح ويجب عليه قيمته (قوله أمانة فى يد الفضولى) فلو هلك لا يضمنه كالوكيل ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة من حيث إنه صار بها تصرفه نافذا ، وإن لم يكن من كل وجه فإن المشترى من الفضولى إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل ، بخلاف الوكيل ، وتمامه فى الفتح ، وأطلقه فشمل ما إذا هلك قبل تحقق الإجازة أو بعده كما يأتى بيانه :

[فرع] لو أراد المشترى استرداد الثمن منه بعد دفعه له على رجاء الإجازة لم يملك ذلك ذكره فى المجتبى آخر الوكالة رملى على الفصولين (قوله وحكمه أيضا الخ) تبع فى ذلك المصنف وهو عدول عن ظاهر المتن فإن الظاهر منه أن قوله وأخذ الثمن مبتدأ ، وقوله الآتى إجازة خبره ، وهذا أولى كما يفيده قوله الآتى عن العمادية : ويكون إجازة أفاده ط (قوله أخذ المالك الثمن) الظاهر أن أل للجنس فيكون أخذ بعضه إجازة أيضا لدلالته على الرضا ولتصريحهم فى نكاح الفضولى بأن قبض بعض المهر إجازة أفاده الرملى عن المصنف (قوله وهل للمشترى الخ) كان الأولى ذكر هذه الجملة بتمامها عقب ما قدمه عن الملتقى لأن ذاك فيما إذا وجدت الإجازة ، وهذا فيما إذا لم توجد :

وحاصله أنه إذا لم توجد الإجازة يبقى الثمن غير العرض على ملك المشترى ، فإذا هلك فى يد الفضولى هل يضمنه للمشترى : ففى شرح الوهبانية قال فى القنية بعد أن رمز للقاضى عبد الجبار والقاضى البديع : اشترى من فضولى شيئا ودفع إليه الثمن مع علمه بأنه فضولى ثم هلك الثمن فى يده ولم يجز المالك البيع فالثمن مضمون على الفضولى ثم رمز لقاضيخان وقال : رجع على الفضولى بمثل الثمن ، ثم رمز لبرهان صاحب المحيط وقال : لا يرجع عليه بشىء ثم رمز لظهير الدين المرغينانى وقال : إن علم أنه فضولى وقت أداء الثمن يهلك أمانة ذكره فى المنتقى . قال البديع وهو الأصح اهـ : وعلة تصحيح كونه أمينا أن الدفع إليه مع العلم بكونه فضوليا صيره كالوكيل اهـ (قوله واعتمده ابن الشحنة) كأنه أخذ اعتماده له من ذكره علة التصحيح المذكورة تأمل (قوله وأقره المصنف) :

قلت : وبه جزم فى البزازية وجامع الفصولين ، وعزاه فى شرح الملتقى إلى القهستانى عن العمادية (قوله وجزم الزيلعى وابن ملك الخ) حيث قالا : وإذا أجازه المالك كان الثمن مملوكا له أمانة فى يد الفضولى بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الإجازة أو قبلها لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اهـ . وبه علم أن قول الشارح مطلقا معناه سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها فافهم :

ثم اعلم أن المتبادر من كلام الزيلعى وابن ملك أن المراد إذا وجدت الإجازة لا يضمن الفضولى الثمن سواء هلك قبلها أو بعدها لأن الثمن غير العرض يصير ملكا للمجيز ، لأن الفضولى بالإجازة اللاحقة صار كالوكيل فيكون الثمن فى يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فيهلك على المجيز وإن كانت الإجازة بعد الهلاك ، والمتبادر من كلام القنية أن الإجازة لم توجد أصلا لا قبل الهلاك ولا بعده فلذا اختلف المشايخ فى ضمانه وعدمه . وأما ما ذكره الزيلعى وابن ملك فلا وجه للاختلاف فيه ، فلا منافاة بين النقلين ، هذا ما ظهر لى فتدبره : وبقى ما إذا هلك

(وقوله) أسأت نهر (بئسما صنعت أو أحسنت أو أصبت) على المختار فتح :

(وهبة الثمن من المشترى والتصدق عليه به إجازة) او المبيع قائما عمادية (وقوله لا أجيز رد له) أى للبيع الموقوف ، فلو أجازه بعده لم يجز لأن المفسوخ لا يجاز ، بخلاف المستأجر لوقال لا أجيز بيع الآجر ثم أجاز جاز ، وأفاد كلامه جواز الإجازة بالفعل وبالقول ، وأن للمالك الإجازة والفسخ وللمشترى الفسخ لا الإجازة ، وكذا للفضولى قبلها فى البيع

الثمن العرض فى يد الفضولى قبل الإجازة ففى جامع الفصولين يبطل العقد ولا تلحقه الإجازة، ويضمن للمشترى مثل عرضه أو قيمته لو قيميا لأنه قبضه بعقد فاسد اه :

[تتمة] لم يذكر حكم هلاك المبيع وذكره فى جامع الفصولين. وحاصله أنه لو هلك قبل الإجازة ، فإن كان قبل قبض المشترى بطل العقد ، وإن بعده لم يجز بالإجازة وللمالك تضمين أيهما شاء وأيهما اختار تضمينه ملكه ، ويبرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمنه ، ثم إن ضمن المشترى بطل البيع لأن أخذ القيمة كأخذ العين ، وللمشترى أن يرجع على البائع بثمنه لا بما ضمن ، وإن ضمن البائع ، فإن كان قبض البائع مضمونا عليه أى بأن قبضه بلا إذن مالكه نفذ بيعه بضمانه وإن كان قبضه أمانة ، وإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تأخر عن عقده. وذكر محمد فى ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع ، وقيل تأويله أنه سلم أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمغصوب اه (قوله بئسما صنعت) قال فى جامع الفصولين : هو إجازة فى نكاح وبيع وطلاق وغيرها كذا روى عن محمد : وفى ظاهر الرواية هو رد وبه يفتى اه والظاهر أن مثله أسأت (قوله على المختار) أى فى أحسنت وأصبت ، ومقابله ما فى الخانية من أنه ليس إجازة لأنه يذكر للاستهزاء . وفى الذخيرة أن فيه روايتين : وفى جامع الفصولين : أحسنت أو وفقت أو كفيتنى مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيرا ليس إجازة لأنه يذكر للاستهزاء ، إلا أن محمدا قال إن أحسنت أو أصبت إجازة استحسانا .

أقول : ينبغى أن يفصل ، فإن قاله جدا فهو إجازة ، لا لو قاله استهزاء ويعرف بالقرائن ، ولو لم توجد ينبغى أن يكون إجازة إذ الأصل هو الجد اه . وفى حاشيته للرملى عن المصنف أن المختار ما ذكره من التفصيل كما أفصح عنه البزازى (قوله لو البيع قائما) ذكره لأنه تتمة عبارة العمادية وإلا فالكلام فيه (قوله بيع الآجر) بالجيم المكسورة (قوله جاز) لأنه بعدم إجازته لا ينفسخ ، لما مر من أن المستأجر لا يملك الفسخ (قوله بالفعل وبالقول) الأول من قوله أخذ الثمن والثانى من قوله أو طلبه وما بعده . وفى جامع الفصولين : لو أخذ المالك بثمنه خطا من المشترى فهو إجازة لا لو سكت عند بيع الفضولى بحضرته اه وسيذكر الشارح مسألة السكوت آخر الفصل (قوله وإن للمالك الخ) استفيد ذلك من قول المصنف وحكمه قبول الإجازة ، فإن المراد إجازة المالك كما مر فإنه يفيد أن له الفسخ أيضا وأن المشترى والفضولى ليس لهما الإجازة فافهم (قوله وللمشترى الفسخ) أى قبل إجازة المالك تحرزا عن لزوم العقد بحر وهذا عند التوافق ، على أن المالك لم يجز البيع ولم يأمر به فلا ينافى قول المصنف الآتى باع عبد غيره بغير أمره الخ .

هذا وذكر فى الفتح وجامع الفصولين فى باب الاستحقاق ، ولو استحق فأراد المشترى نقض البيع بلا قضاء ولا رضا البائع لا يملكه لأن احتمال إقامة البينة على النتاج من البائع أو على التلقى من المستحق ثابت إلا إذا حكم القاضى فيلزم العجز فينفسخ اه وقد مر أول الفصل أن الاستحقاق من صور بيع الفضولى ، فينبغى تقييد قوله وللمشترى الفسخ بالرضا أو القضاء تأمل (قوله وكذا للفضولى قبلها) أى قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن

لا النكاح لأنه معبر محض بزازية وفى المجمع : لو أجاز أحد المالكين خير المشترى فى حصته وألزمه محمد بها (سمع إن فضوليا باع ملكه فأجاز ولم يعلم مقدار الثمن فلما علم رد البيع فالمعتبر إجازته) لصيرورته بالإجازة كالوكيل حتى يصح حطه من الثمن مطلقا بزازية :

(اشترى من غاصب عبدا فأعتقه) المشترى (أو باعه فأجاز المالك) بيع الغاصب (أو أدى الغاصب) الضمان إلى المالك على الأصح هداية (أو) أدى (المشترى الضمان إليه) على الصحيح زيلعى (نفذ الأول) وهو العتق (لا الثانى) وهو البيع ،

نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفى ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته (قوله لا النكاح) أى ليس للفضولى فى النكاح الفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض ، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولى : وفى النهاية أن له الفسخ بالفعل ، بأن زوج رجلا امرأة ثم أختها قبل الإجازة فهو فسخ للأول ، وفى الخانية خلافه بحر ملخصا (قوله خير المشترى فى حصته) أى حصة المجيز لأن المشترى رغب فى شرائه ليسلم له جميع المبيع ، فإذا لم يسلم يخير لكونه معيبا بعيب الشركة ، وألزمه محمد بها لأنه رضى بتفريق الصفقة عليه لعلمه أنهما قد لا يجتمعان على الإجازة شرح المجمع (قوله فالمعتبر إجازته) ولو بدأ بالرد ثم أجاز فالمعتبر ما بدأ به رملى على الفصولين (قوله مطلقا) أى علم المالك بالثمن أو لم يعلم . وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار بين الرضا والفسخ بحر عن البزازية .

[فروع] فى الفصولين : أمره ببيعه بمائة دينار فباعه بألف درهم فقال المالك قبل العلم أجزت جاز بألف درهم وكذا النكاح ، لا لو قال أجزت ما أمرتك به :

برهن المالك على الإجازة ليس له أخذ الثمن من المشترى إلا إذا ادعى أن الفضولى وكله بقبضه :

مات العبد فى يد المشترى ثم ادعى المالك الأمر أو الإجازة ، فإن قال كنت أمرته صدق ، ولو قال بلغنى فأجزته لم يصدق إلا ببينة ، وكذا لو زوج الكبيرة أبوها ومات زوجها فطلبت الإرث وادعت الأمر أو الإجازة (قوله اشترى من غاصب عبدا) او قال من فضولى لكان أولى لأنه إذا لم يسلم المبيع لم يكن غاصبا مع أن الحكم كذلك ، ولعله إنما ذكره لأجل قوله أو باعه فإن بيع العبد قبل قبضه فاسد أفاده فى البحر : وصورة المسألة زيد باع عبد رجل بلا إذنه من عمرو فأعتق عمرو العبد أو باعه من بكر فأجاز المالك بيع زيد أو ضمنه أو ضمن عمرا المشترى وهو المعتق نفذ عتق عمرو إن كان أعتقه ، وأما إن كان باعه فلا ينفذ البيع (قوله فأجاز المالك بيع الغاصب) قيد به لأنه لو أجاز بيع المشترى منه وهو بيع عمرو لبكر جاز . قال فى جامع الفصولين رامزا للمبسوط : لو باعه المشترى من غاصب ثم وثم حتى تداولته الأيدى فأجاز مالكه عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الإجازة ، فإذا أجاز عقدا منها جاز ذلك خاصة اه . وبه ظهر أن بيع المشترى من الغاصب موقوف : وأما ما فى البحر والنهر عن النهاية والمعراج من أنه باطل فهو مخالف لما فى جامع الفصولين وغيره من الكتب كما حرره الخير الرملى فى حاشية البحر (قوله أو أدى الغاصب الضمان إلى المالك على الأصح هداية) وتبعه فى البناية ، خلافا لما فى الزيلعى من أنه لا ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وينفذ بأدائه من المشترى أفاده فى البحر (قوله نفذ الأول) هذا عندهما . وقال محمد لا يجوز عتقه أيضا لأنه لم يملكه (قوله وهو البيع) أى بيع المشترى من الغاصب أما بيع الغاصب فإنه ينفذ باجازة المالك وكذا بالتضمين . وفى جامع الفصولين : وإنما يجوز لو تقدم سبب ملكه

لأن الإعتاق إنما يفتقر للملك وقت نفاذه لا وقت ثبوته (١) قيد بعتق المشترى لأن عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لثبوت ملكه به (٢) زيلعى (ولو قطعت يده) مثلا (عند مشتريه فأجيز) البيع (فأرشه) أى القطع (له) وكذا كل ما يحدث من المبيع (كالكسب والولد والعقر) ولو (قبل الإجازة) يكون للمشترى لأن الملك تم له من وقت الشراء ،

على بيعه ، حتى أن غاصبه لو باعه ثم ضمنه مالكه جاز بيعه ، ولو شراه غاصبه من مالكه أو وهبه منه أو ورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك ، إذا الغصب سبب الملك عند الضمان ، وليس بسبب البيع أو الهبة أو الإرث فبقى السبب وهو البيع والهبة والإرث متأخرا عن البيع ، ويجوز بيعه لو ضمنه قيمته يوم غصبه لا يوم بيعه اه ثم ذكر أنه لم يفصل بين قيمة وقيمة فى عامة الروايات (قوله لأن الإعتاق الخ) علة لنفاذ الإعتاق، وأما عدم نفاذ البيع فلبطلانه بالإجازة لأنه يثبت بها الملك للمشترى باتا .

مطلب إذا طرأ ملك بات على موقوف أبطله

والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله ، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف .

وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشترى الموقوف . وأجيب بأن ملك الغاصب ضرورى ضرورة أداء الضمان فلم يظهر فى إبطال ملك المشترى بحر . وأجاب فى حواشى مسكين بأن هذا غير وارد ، لأن الأصل المذكور ليس على إطلاقه ، لما فى البزازية عن القاعدى ونصه : الأصل أن من باشر عقدا فى ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه ، وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ وطرو البات إنما يبطل الموقوف إذا حدث لغير من باشر الموقوف ، كما إذا باع المالك ما باعه الفضولى من غير الفضولى ولو ممن اشترى من الفضولى . أما إن باعه من الفضولى فلا اه .

قلت : وعليه ففى مسألة بيع المشترى من الغاصب لو أجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشترى لأن الملك البات للغاصب طرأ على ملك موقوف باشره هو ، وأما بالنسبة إلى المشترى فقد طرأ على ملك موقوف لغير من باشره لأن المباشر للبيع الثانى الموقوف هو المشترى، نعم لو أجاز عقد المشترى يكون طرو البات لمن باشر الموقوف (قوله لثبوت ملكه به) أى بالضمان لا بالغصب ، لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك اه ح (قوله ولو قطعت يده) أى يد ما باعه الغاصب، وقوله مثلا أشار به إلى أن المراد أرش أى جراحة كانت، واحترز بالقطع من القتل أو الموت عند المشترى فإن البيع لا يجوز بالإجازة لفوات المعقود عليه ، وشرط صحة الإجازة قيامه كما مر ، وتمامه فى الفتح (قوله عند مشتريه) احتراز عن الغاصب كما يأتى (قوله له) أى للمشترى (قوله يكون للمشترى) تصريح بما أفاده التشبيه فى قوله ، وكذا الخ (قوله لأن الملك تم له من وقت الشراء) أى فتبين أن القطع ورد على ملكه ط

---

(١) (قول الشارح لأن الإعتاق إنما يفتقر إلى الملك وقت نفاذه لا وقت ثبوته) أى بخلاف البيع فإنه يحتاج إلى الملك وقت ثبوته قال فى النهر : والقياس أن لا يجوز ، وهو قول محمد ، والخلاف مبنى على أن بيع الفضولى لا ينفذ عند محمد فى حق الحكم وهو الملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لا فى الملك فيبطل . وعندهما يوجب الملك موقوفا ، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب ، والتأخير لدفع الضرر عن المالك ، والضرر فى نفاذ الملك لا فى توقفه . ولا نسلم أن الإعتاق يحتاج إلى الملك وقت ثبوته بل وقت نفاذه ، والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم « لا عتق لابن آدم فيما لا يملك » العتق النافذ فى الحال ، وغاية ما يفيده لزوم الملك للمعتق وهو ثابت هنا فإنا لم نوقعه قبل الملك اه . وأما عدم نفوذ البيع فلما ذكره المحشى اه .

(٢) (قول الشارح لثبوت ملكه به) أى فقد وقع عتقه فى غير ملكه أصلا فلا ينفذ ، بخلاف ما إذا أدى المشترى الضمان فإن الملك يستند إلى عقد المبايعة اه .

بخلاف الغاصب لما مر (وتصدق بما زاد على نصف الثمن وجوبا) لعدم دخله فى ضمانه فتح *

(باع عبد غيره بغير أمره) قيد اتفاق (فبرهن المشترى) مثلا (على إقرار البائع) الفضولى (أو) على إقرار (رب العبد أنه لم يأمره بالبيع) للعبد (وأراد) المشترى (رد المبيع ردت) بينته ولم يقبل قوله للتناقض (كما لو أقام البائع (البينة أنه باع بلا أمر أو برهن على إقرار المشترى بذلك) وأصله أن من سعى فى نقض ماتم من جهته لاتقبل إلا فى مسألتين (وإن أقر البائع) المذكور ولو عند غير القاضى بحر (بأن رب العبد لم يأمره بالبيع ووافقه عليه) أى على عدم الأمر (المشترى انتقض) البيع لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار لعدم التهمة فإن توافقا بطل (فى حقهما لا فى حق المالك) للعبد (إن كذبهما) وادعى أنه كان بأمره فيطالب البائع بالثمن لأنه وكيل لا المشترى خلافا للثانى *

(باع دار غيره بغير أمره) وأقبضها المشترى نهر *

عن المنح (قوله بخلاف الغاصب) أى لو قطعت اليد عنده ثم ضمن قيمته لايكون الأرش له لما مر قريبا من أن ثبوت ملكه بالضمان أى لابالغصب لأن الغصب غير موضوع للملك فلايملك الأرش وإن ملك العبد لعدم حصوله فى ملكه (قوله بما زاد) أى من الأرش على نصف الثمن إن كان نصف القيمة أكثر من نصف الثمن نهر (قوله وجوبا) قال فى البحر هو ظاهر مافى الفتح (قوله لعدم دخوله فى ضمانه) لأن الملك غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية ، وفى العبد نصف القيمة ، والذى دخل فى ضمانه هو ماكان بمقابلة الثمن ففيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك ، وتمامه فى البحر (قوله قيد اتفاق) فإنه وإن وقع فى الجامع الصغير فليس من صورة المسألة فتح : أى لأن ذكره يفيد توافق المتعاقدين عليه مع أنه محل المنازعة بينهما (قوله مثلا) راجع لقوله فبرهن ، لما فى النهر وغيره من أنه لو لم تكن بينة كان القول لمدعى الأمر ، إذ غيره متناقض فلا تصح دعواه ولذا لم يكن له استحلافه اه وليس راجعا لقوله المشترى على معنى أن البائع كذلك لأنه يتكرر مع قول المصنف ، كما لو أقام البائع البينة أفاده ط (قوله الفضولى) لامحل لذكره بعد تصريحه بأن قوله بغير أمره قيد اتفاق (قوله ردت بينته) أى إن برهن ، وقوله ولم يقبل قوله أى إن لم يبرهن (قوله للتناقض) إذ الإقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة وأنه يملك البيع ودعوى الإقرار بعدم الأمر تناقضه ، وقبول البينة مبنى على صحة الدعوى نهر وغيره *

واعترض بأن التوفيق ممكن لجواز أن لايعلم إلا بعد الشراء بإخبار عدول له بأنا سمعنا إقرار البائع بذلك قبل البيع وأجاب فى البحر بأنه وإن أمكن التوفيق بذلك لكنه ساع فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه ، فقولهم إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعيا فى نقض ماتم من جهته (قوله إلا فى مسألتين) ذكرهما فى البحر هنا ، لكن الشارح قدم فى الوقف عند قوله باع دارا ثم ادعى أنى كنت وقفتها أن المستثنى سبع وقدمنا هناك عن قضاء الأشباه أنها تسع ، ومر الكلام عليها فراجعه (قوله ولو عند غير القاضى) أفاد أن قول الكنز عند القاضى قيد اتفاق (قوله لأن التناقض) أى من البائع لايمنع صحة الإقرار لعدم التهمة فى إقراره على نفسه فللمشترى أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فيبطل البيع فى حقهما (قوله خلافا للثانى) فعنده لرب العبد مطالبة المشترى ، فإذا أدى رجع على البائع نهر وفيه : ولو أنكر المالك التوكيل وتصادقا عليه ، فإن برهن الوكيل فيها وإلا استحلف المالك ، فإن نكل لزمه لا إن حلف ، وتمامه فيه وفى البحر (قوله بغير أمره) لاحاجة إليه لأنه محل النزاع ط ولذا لم يذكره فى الكنز (قوله نهر) نقله عن البناية ولم يتكلم على مفهومه ، ولعله لأنه أو لوى

وأما إدخالها فى بناء المشترى فقيد اتفاقا درر (ثم اعترف البائع) الفضولى (بالغصب وأنكر المشترى لم يضمن البائع قيمة الدار) لعدم سراية إقراره على المشترى (فإن برهن المالك أخذها) لأنه نور دعواه بها ه

[فروع] باعه فضولى وآجره آخر أو زوجه أو رهنه فأجيزا معا ثبت الأقوى فتصير مملوكة لازوجة فتح . سكوت المالك عند العقد ليس بإجازة خانية من آخر فصل الإقالة :

باب الإقالة

هى لغة : الرفع من أقال أجوف يائى وشرعا (رفع البيع)

فإنه إذا لم يضمن إذا قبضها لايضمن إذا لم يقبض بالأولى ط (قوله فقيد اتفاقا) أى وقع فى الكنز وغيره اتفاقا مقصودا للاحتراز ، لأنه إذا لم يدخلها يكون بالأولى (قوله لعدم سراية إقراره على المشترى) هذا لايصلح علة لما قبله وإنما هو علة لعدم نزع الدار من يد المشترى ، وأما علة عدم ضمان البائع قيمة الدار مع إقراره بغصبها فهى عدم صحة غصب العقار وهو قولهما : وقال محمد : يضمن قيمة الدار ، وهو قول أبى يوسف أولا لصحة غصبه عنده ط ولذا قال فى الفتح :وهى مسألة غصب العقار هل يتحقق أولا ؛ فعند أبى حنيفة لافلا يضمن ؛ وعند محمد نعم فيضمن اه (قوله فإن برهن الخ) وإن لم يبرهن كان التلف مضافا إلى عجزه عنه لا إلى عقد البائع . قال السائحانى والظاهر أن الثمن يوضع فى بيت المال حتى يتبين الحال (قوله لأنه نور دعواه بها) أى جعل لها نورا بالبينة أى أوضحها وأظهرها (قوله باعه) أى الشيء (قوله فتصير مملوكة لازوجة) إنما نص على أنها لاتصير زوجة مع أن البيع يقدم على الإجارة والرهن أيضا لأنه يفهم من نفى الزوجية نفى الأدنى منها بالأولى .

قال فى الفتح : وتثبت الهبة لو وهبه فضولى وآجره آخر ، وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة والبيع أحق من الهبة لبطلانها بالشيوع فما لايبطل بالشيوع كهبة فضولى عبد أو بيع آخر إياه يستويان ، لأن الهبة مع القبض تساوى البيع فى إفادة الملك . وهبة المشاع فيما لايقسم صحيحة ، فيأخذ كل نصفه ، ولو زوجاها كل من رجل فأجيزا بطلا ، ولو باعاها تتنصف بين المشتريين ويخير كل منهما اه والله سبحانه أعلم .

باب الإقالة

مناسبتها للفضولى أنه عقد يرفع عند عدم الإجازة والإقالة رفع ط ، وذكرها فى الهداية والكنز عقب البيع الفاسد والمكروه لوجوب رفع كل منهما على المتعاقدين كما مر ويأتى تمامه (قوله من أقال) ويأتى ثلاثيا يقال قاله قيلا من باب باع إلا أنه قليل نهر (قوله أجوف) أى عينه حرف علة ثم بينه بأنه يائى ، وهو خبر مبتدأ محذوف أى هو أجوف ويائى خبر ثان اه ح : وفيه رد على من قال إنه واوى من القول والهمزة للسلب ، فأقال بمعنى أزال القول أى القول الأول وهو البيع ، كأشكاه أزال شكايته ودفع بثلاثة أوجه ذكرها فى الفتح الأول قولهم قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لاواو فليس من القول الثانى أنه ذكر الإقالة فى الصحاح من القاف مع الياء لامع الواو الثالث أنه ذكر فى مجموع اللغة قال البيع قيلا وإقالة فسخه اه (قوله رفع العقد (١)) ولو فى بعض المبيع لما فى الحاوى لو باع منه حنطة مائة من بدينار ودفعها إليه فافترقا ثم قال للمشترى ادفع إلى الثمن أو الحنطة التى دفعتها إليك

---

(١) (قوله رفع العقد) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح رفع البيع وهو الذى يدل عليه قول الشارح وعم فى الجوهرة الخ اه مصححه .

وعمم فى الجوهرة فعبر بالعقد (ويصح بلفظين ماضيين و) هذا ركنها (أو أحدهما مستقبل) كأقلنى فقال أقلتك لعدم المساومة فيها فكانت كالنكاح وقال محمد كالبيع قال البرجندى وهو المختار (و) تصح أيضا (بفاسختك وتركت وتاركتك ورفعت وبالتعاطى) ولو من أحد الجانبين (كالبيع) هو الصحيح بزازية وفى السراجية لابد من التسليم والقبض من الجانبين

فدفعها أو بعضها فهو فسخ فى المردود اه (قوله فعبر بالعقد) فهو تعريف للأعم من إقالة البيع والإجارة ونحوهما بحر: واعترضه فى النهر بأن مراده بالعقد عقد البيع .

قلت : تخصيصه بالبيع لكون الكلام فيه ، وإلا فهو تعريف للإقالة مطلقا ، لأن حقيقتها فى الإجارة لا تخالف حقيقتها فى البيع ، ولذا لم يذكر لها باب فى غير هذا الموضع ونظيره النية مثلا تذكر فى باب الصلاة ونحوها وتعرف بالقصد الشامل للصلاة وغيرها فافهم والمراد بالعقد القابل للفسخ بخيار كما يعلم مما يأتى بخلاف النكاح (قوله وهذا ركنها) الأولى تأخيره عن قوله أو أحدهما مستقبل كما فعل المصنف ط (قوله أو أحدهما مستقبل الخ) اعلم أن الإقالة عند أبى يوسف بيع ، إلا أن لا يمكن ففسخ كما يأتى وعند محمد بالعكس والعجب أن قول أبى يوسف كقول الإمام فى أنها تصح بلفظين أحدهما مستقبل مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك ، ومحمد يقول : إنها فسخ ويقول لا تنعقد إلا بماضيين لأنها كالبيع فأعطاها بسبب الشبه حكم البيع . وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعطها حكمه والجواب له أن المساومة لا تجرى فى الإقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع فتح (قوله لعدم المساومة فيها) إشارة إلى الجواب المذكور : أى لأن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل ، فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما فى النكاح ، وبه فارق البيع كما فى شروح الهداية (قوله وقال محمد كالبيع) أى فلا تنعقد إلا بماضيين كما مر قال فى الفتح : والذى فى الخانية أن قول الإمام كقول محمد (قوله قال البرجندى الخ) قال فى الفتح : وفى الخلاصة : اختاروا قول محمد: وفى الشرنبلالية : ويرجح قول محمد كون الإمام معه على ما فى الخانية اه .

قلت : واختار المصنف قول أبى يوسف تبعا للدرر والملتقى (قوله وتصح أيضا الخ) فلا يتعين فيها لفظ كما فى الفتح ، وظاهره أنه لا فرق بين لفظ الإقالة وهذه الألفاظ وهو غير مراد ، فإن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع فى حق غيرهما ، وهذا إذا كانت بلفظ الإقالة ، فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعا اتفاقا ولو بلفظ بيع فبيع إجماعا كما يأتى فتنبه لذلك . وفى البزازية طلب الإقالة فقال المشترى هات الثمن فأقاله اه .

قلت : والظاهر أن مثله مالو كان الطلب من المشترى فقال البائع خذ الثمن : وفيها : اشترى عبدا ولم يقبضه حتى قال للبائع بعه لنفسك فلو باع جاز وانفسخ الأول ، ولو قال بعه لى أو بعه ممن شئت أو بعه ولم يزد عليه لا يصح اه وظاهره أنه فى الصورة الأولى ينفسخ ، وإن باعه بعد المجلس تأمل. ووجهه أنه إقالة اقتضاء فإن أمره بالبيع لنفسه لا يتم إلا بتقدم الإقالة ، فهو نظير قولك أعتق عبدك عنى بألف ، بخلاف بقية الصور ، فإنه توكيل لا إقالة. ثم رأيت ذلك التوجيه فى الولوالجية وفى البزازية : ولا يصح تعليق الإقالة بالشرط بأن باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه ، فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثانى لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط. وفيها : قال المشترى إنه يخسر فقال البائع : بعه فإن خسر فعلى فباع فخسر لا يلزمه شىء (قوله هو الصحيح بزازية) عبارتها قبض الطعام المشترى وسلم بعض الثمن ثم قال بعد أيام إن الثمن غال فرد البائع بعض الثمن المقبوض ، فمن قال البيع ينعقد بالتعاطى من أحد الجانبين جعله إقالة وهو الصحيح ومن شرط القبض من الجانبين لا يكون إقالة عنده اه ومثله فى الخانية (قوله وفى السراجية الخ) مقابل الصحيح والمراد بالتسليم تسليم

(وتتوقف على قبول الآخر) فى المجلس ولو كان القبول (فعلا) كما لو قطعه أو قبضه فور قول المشترى أقلتك لأن من شرائطها اتحاد المجلس ورضا المتعاقدين أو الورثة أو الوصى وبقاء المحل

المبيع وبالقبض قبض الثمن المدفوع ط (قوله وتتوقف على القبول(١)) فلو اشترى حمارا ثم جاء به ليرده ، فلم يقبله البائع صريحا واستعمل الحمار أياما ثم امتنع عن رد الثمن وقبول الإقالة كان له ذلك لأنه لما رد كلام المشترى بطل فلا تتم الإقالة باستعماله خانية (قوله فى المجلس) فلو قبل بعد زوال المجلس أو بعد ماصدر عنه فيه مايدل على الإعراض لا تتم الإقالة ابن ملك . وفى القنية : جاء الدلال بالثمن إلى البائع بعد ماباعه بالأمر المطلق ، فقال له البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشترى فقال : أنالاأريده أيضا لاينفسخ لأنه ليس من ألفاظ الفسخ ، ولأن اتحاد المجلس فى الإيجاب والقبول شرط فى الإقالة ولم يوجد اشترى حمارا ثم جاء ليرده فلم يجد البائع فأدخله فى إصطبله فجاء البائع بالبيطار فبزغه فليس بفسخ لأن فعل البائع وإن كان قبولا ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس اه (قوله ولو كان القبول فعلا) أفاد أنه بعد الإيجاب لا يكون من التعاطى ، لأن التعاطى ليس فيه إيجاب لما قدمناه أول البيوع عن الفتح من أنه إذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا خلافا لمن قال إنه بيع بالتعاطى ، لأن التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط اه .

[تنبيه] قال فى البزازية : جاء بقبالة العقار المشترى ، فأخذها البائع وتصرف فى العقار فأقاله وفى الخزانة دفع القبالة إلى البائع ، وقبضه ليس بإقالة وكذا لو تصرف البائع فى المبيع بعد قبض القبالة ، وسكت المشترى لعدم تسليم المبيع وقبض الثمن اه .

قلت : والقبالة بالفتح الصك الذى يكتب فيه الدين ونحوه والظاهر أن ماذكره أولا من كون ذلك إقالة مبنى على ماهو الصحيح من الاكتفاء بالتعاطى من أحد الجانبين ، وهو تصرفه فى المبيع بعد قبض القبالة وماذكره عن الخزانة مبنى على أنه لابد لكونه من الجانبين بقرينة التعليل تأمل (قوله فور قول المشترى أقلتك) متعلق بالأمرين قال فى الفتح : ويجوز قبول الإقالة دلالة بالفعل كما إذا قطعه قميصا فى فور قول المشترى : أقلتك اه : والمراد بالفورية : أن يكون فى المجلس بأن يقطعه قبل أن يتفرقا ولم يتكلم بشىء كما فى ح عن الخانية وظاهر هذا أن القبض فورا بلا قطع لايكفى ، وهو خلاف قول الشارح ، أو قبضه ولعل المسألة مفروضة فيما إذا كان الثوب بيد البائع قبل قوله : أقلتك فتأمل . ثم رأيت فى الذخيرة وكذا فى الحاوى صورة المسألة بما يرفع الإشكال حيث قال : وكذا دلالة بالفعل ألا ترى أن من باع ثوبا وسلمه ثم قال للمشترى أقلت البيع فاقطعه لى قميصا فإن قطعه فى المجلس فهو إقالة وإلا فلا اه فالمتكلم بقوله : أقلت هو البائع ، والقاطع هو المشترى لا البائع عكس مافى الفتح والخانية فقطع المشترى الثوب قبل قبض البائع قبول دلالة ولا إشكال فيه فتدبر (قوله لأن من شرائطها الخ) علة لقوله وتتوقف الخ ، ولا يرد أن المعطوفات لاتصلح تعليلا له لأن العلة مجموع ماذكر فكأنه قال لأن لها شروطا منها اتحاد المجلس فافهم (قوله ورضا المتعاقدين) لأن الكلام فى رفع عقد لازم ، وأما رفع ماليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لابرضاه بحر .

وحاصله : أن رفع العقد غير اللازم وهومافيه خيار لايسمى إقالة بل هو فسخ لأنه لايشترط فيه رضاهما فافهم (قوله أو الورثة أو الوصى) أشار إلى مافى البحر من أنه لايشترط لصحتها بقاء المتعاقدين فتصح إقالة الوارث والوصى ، ولا تصح إقالة الموصى له كما فى القنية اه (قوله وبقاء المحل) أى المبيع كلا أو بعضا لما سيذكره المصنف

---

(١) (قوله على القبول) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح التى بيدى على قبول الآخر والخطب سهل اه مصححه .

القابل للفسخ بخيار فلو زاد زيادة تمنع الفسخ لم تصح خلافا لهما وقبض بدلى الصرف فى إقالته وأن لا يهب البائع الثمن للمشترى قبل قبضه ، وأن لايكون البيع بأكثر من القيمة فى بيع مأذون ووصى ومتول (وتصح إقالة المتولى إن خيرا) للوقف (وإلا لا) الأصل أن من ملك البيع ملك إقالته إلا فى خمس الثلاثة المذكورة

من أنه يمنع صحتها هلاك المبيع وهلاك بعضه يمنع بقدره (قوله القابل للفسخ بخيار) نعت للمحل وبخيار متعلق بالفسخ ووصف المحل بقبوله الفسخ مجاز لأن القابل لذلك عقده قال ح أى القابل للفسخ بخيار من الخيارات كخيار العيب والشرط والرؤية كما فى الفتاوى الهندية اهـ وفى الخلاصة : والذى يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ومثله فى الفتح (قوله فلو زاد الخ) تفريع على قوله القابل للفسخ بخيار ، وقدمنا فى خيار العيب أن الزيادة إما متصلة متولدة كسمن وجمال أو غير متولدة كغرس وبناء وخياطة وإما منفصلة متولدة كولد وثمرة وأرش أو غير متولدة ككسب وهبة والكل إما قبل القبض أو بعده ويمتنع الفسخ بخيار العيب فى موضعين فى المتصلة الغير المتولدة مطلقا وفى المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط فافهم ويأتى زيادة بيان (قوله وقبض بدلى الصرف فى إقالته) أى إقالة عقد الصرف أما على قول أبى يوسف فظاهر لأنها بيع ، وأما على أصلها فلأنها بائع فى حق ثالث وهو حق الشرع بحر (قوله وأن لايهب البائع الثمن للمشترى) أى المشترى المأذون (١) : فلو وهبه لم تصح الإقالة بعدها وقوله : قبل قبضه أى قبل قبض البائع الثمن من المأذون وذلك لأنها لو صحت الإقالة حينئذ لكان تبرعا بالمبيع للبائع ، ولايقدر على الرجوع عليه بالثمن لأنه لم يصل إلى البائع منه شيء ، وهو ليس من أهل التبرع . أما بعد القبض فيرجع المأذون عليه بالثمن لوصوله ليده فلم يكن متبرعا فصحت الإقالة ، ويرجع على البائع بعدها بقدر الموهوب له فيكون الواصل إليه قدر الثمن مرتين الموهوب وقدره وقاس ح على المأذون وصى اليتيم ومتولى الوقف نظرا للصغير والوقف ، فيجرى فيهما حكمه ط (قوله فى بيع مأذون ووصى ومتول) وكذا إذا اشتروا بأقل من القيمة ، فإن الاقالة لاتصح نهر وكان على الشارح أن يقول : وأن لايهب الثمن للمشترى المأذون أو الوصى ، أو المتولى قبل قبضه وأن لايكون بيعهم بأكثر من القيمة ولاشراؤهم بأقل منها اهـ ح ويمكن أن يكون قوله فى بيع مأذون الخ قيد للمسألتين لكن المأذون مع ماعطف عليه بالنسبة إلى المسألة الأولى مشتر وبالنسبة إلى الثانية بائع فتكون إضافة بيع بالنظر إلى الأولى من إضافة المصدر إلى مفعوله وبالنظر إلى الثانية إلى فاعله تأمل (قوله الأصل أن من ملك البيع) أى أو الشراء كما يظهر مما يأتى (قوله الثلاثة المذكورة) أى المأذون والوصى والمتولى إذا باعوا بأكثر من القيمة قال فى جامع الفصولين : الوصى والمتولى لو باع شيئا بأكثر من قيمته ثم أقال لم يجز اهـ وعبارة الأشباه إلا فى مسائل اشترى الوصى من مديون الميت دارا بعشرين ، وقيمتها خمسون لم تصح الإقالة اشترى المأذون غلاما بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم تصح ، والمتولى على الوقف لو أجر الوقف ثم أقال ولا مصلحة لم يجز على الوقف اهـ فما فى جامع الفصولين فى البيع وما فى الأشباه فى الشراء .

---

(١) (قوله أى المشترى المأذون) قال شيخنا : إنما قيد المشترى بالمأذون تبعا الحلبى لما ذكروه فى التعليل ولا نعلم أن أحدا من علماء المذهب قيده به ولا دلالة فى التعليل عليه لأن جميع مارأينا من كتب المذهب قد ذكر فيها المشترى مطلقا ثم ذكر فيها مسألة المأذون بهذا التعليل فلو كان مرادهم بالمشترى خصوص المأذون لقيده به فيما اطلعنا عليه ولما أفردوا المأذون بالذكر مع تعليله فالظاهر عموم الحكم لغير المأذون أيضا ويعلل بالنسبة لغير المأذون بوجود البيع بأحد البدلين وهو لايتوقف عليهما وتوضيحه أن الاقالة فسخ بين المتعاقدين بيع فى حق ثالث فلو حكمنا بصحة الاقالة لزمنا الحكم بأنها بيع مع أنه لم يوجد إلا أحد البدلين اهـ لكن مفهوم قولهم فى تعليل مسألة المأذون وهو ليس من أهل التبرع أنه لو ملك التبرع لحكموا بصحة الاقالة وإن لزم وجود البيع بأحد البدلين فليحرر اهـ .

والوكيل بالشراء قبل وبالسلم أشباه

مطلب تحرير مهم فى إقالة الوكيل بالبيع

(قوله والوكيل بالشراء) بخلاف الوكيل بالبيع تصح ، ويضمن بحر ثم قال : وإنما يضمن الوكيل بالبيع إذا أقال بعد قبض الثمن أما قبله ، فيملكها فى قول محمد كذا فى الظهيرية اه وفى جامع الفصولين : الوكيل بالبيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب صح عندهما وضمن لموكله لا عند أبى يوسف الوكيل لو قبض الثمن لايملك الاقالة إجماعا اه :

وفى حاشيته للخير الرملى بعد أن ذكر عبارة البحر أقول : وفيه توقف من وجوه الأول تقييده الضمان بما إذا كانت الإقالة بعد قبض الثمن ، مع أن الوكيل لو قبض الثمن لايملك الإقالة إجماعا الثانى قوله : فيملكها عند محمد مع أنها جائزة عند الإمام أيضا فما وجه التخصيص بقول محمد الثالث ترتب عدم الضمان على كوله يملكها ، مع قولهم تصح عندهما وضمن لموكله فهو صريح فى الضمان مع كونها صحيحة ، وصريح كلام الظهيرية وإطلاقه يفيد صحة إقالة وكيل البيع مطلقا قبل قبض الثمن وبعده . ثم رأيت فى جامع الفتاوى والبزازية ماصورته ، والوكيل بالمبيع يملك الإقالة بخلاف الوكيل بالشراء ، يستوى أن تكون الإقالة قبل القبض أو بعده فتأمله مع الظهيرية ، مع مافى جامع الفصولين ، والظاهر أن معنى قوله فى الظهيرية فيملكها فى قول محمد : أى على الموكل فيعود المبيع إلى ملكه معنى قوله فى الفصولين : الوكيل لو قبض الثمن لايملك الإقالة إجماعا أى على الموكل فلايعود المبيع إلى ملكه وتصح الإقالة عليه فيضمن وبهذا يحصل التوفيق ، ويتضح الأمر وقد ذكر فى البحر أول الإقالة فرعا لطيفا عن القنية فيه دلالة على صحة التوفيق المذكور فراجعه :

فتحصل أن إقالته تصح عند الإمام قبل القبض وبعده ويضمن ، وعند محمد يملكها قبله على الموكل ، فتصح ولا يضمن وبعده تصح ويضمن وعند أبى يوسف لاتصح مطلقا ولا يضمن اه كلام الخير الرملى :

قلت : وهو توفيق لطيف لكن ذكر فى الباب العاشر من بيوع البزازية إقالة الوكيل بالبيع جائزة عند الإمام ومحمد اه . ومثله فى القنية وزاد أن المعنى فيه كون إقالته تسقط الثمن عن المشترى عندهما ، ويلزم المبيع الوكيل وعند أبى يوسف لاتسقط الثمن عن المشترى أصلا اه : ولعل مافى الظهيرية رواية عن محمد ، ويؤيده مافى وكالة كافى الحاكم الشهيد لو وكل رجل رجلا ببيع خادم له فباعها ، ثم أقال البائع البيع فيها لزمه المال والخادم له ، وكذلك لو لم يكن قبضها المشترى حتى أقاله من عيب أو من غير عيب اه فهذا نص المذهب ومقتضاه أنه قول أئمتنا الثلاثة لكونه لم يذكر فيه خلافا وظاهره أنه لافرق بين كونه قبل قبض الثمن أو بعده ، وهو الوجه لأن الإقالة بيع جديد فى حق ثالث ، وهو الموكل هنا فإذا أقال البائع بلا إذنه لايصير مشتريا له إذ لا يملك ذلك عليه ، بل صار البائع مشتريا لنفسه إذ الشراء متى وجد نفاذا لايتوقف ، وبه يظهر وجه الفرع الذى ذكره فى البحر عن القنية ، وهو قوله باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البالغ ، وأجاز الابن البيع ثم أقالت ، وأجاز الابن الإقالة ثم باعتها ثانيا بغير إجازته يجوز ، ولايتوقف على إجازته لأن بالإقالة يعود المبيع إلى ملك العاقد لا إلى ملك الموكل والمجيز اه : أى لأنها بإجازة ابنها البيع الأول صارت وكيلة عنه فيه ، ثم صارت بالإقالة مشترية لنفسها فلذا نفذ بيعها الثانى بلا إجازة ويظهر مما ذكرنا أن إقالة المتولى أو الوصى البيع فيما تقدم تصح عليه ويضمن فاغتنم تحرير هذا المحل

(قوله قبل وبالسلم) أى عند أبى يوسف قال فى جامع الفصولين : الوكيل بالسلم لو قبض أدون مماشرط صح ، وضمن لموكله ماشرط عند أبى حنيفة ومحمد وكذا لو أبرأ عن السلم أو وهبه قبل قبضه أو أقاله أو احتال به صح ،

ولا إقالة فى نكاح وطلاق وعتاق جوهرة وإبراء بحر من باب التحالف (وهى) مندوبة للحديث وتجب فى عقد مكروه وفاسد بحر . وفيما إذا غره البائع يسيرا نهر بحثا فلو فاحشا له الرد كما سيجىء وحكمها أنها (فسخ فى حق المتعاقدين فيما هو من موجبات) بفتح الجيم أى أحكام (العقد) أما لو وجب بشرط زائد كانت بيعا جديدا فى حقهما أيضا كأن شرى بدينه المؤجل عينا ثم تقايلا لم يعد الأجل فيصير دينه حالا كأنه باعه منه ، ولو رده بخيار بقضاء عاد الأجل لأنه فسخ ولو كان به كفيل

وضمن عندهما ولم يجز عند أبى يوسف (قوله ولا إقالة فى نكاح الخ) أى لعدم قبول الفسخ بخيار (قوله للحديث) هو قوله صلى الله عليه وسلم « من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته » أخرجه أبو داود وزاد ابن ماجه «يوم القيامة» ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وعند البيهقى «من أقال نادما» فتح (قوله وتجب فى عقد مكروه وفاسد) لوجوب رفع كل منهما على المتعاقدين صونا لهما عن المحظور ، ولا يكون إلا بالإقالة كما فى النهاية وتبعه غيره قال فى الفتح : وهو مصرح بوجوب التفاسخ فى العقود المكروهة السابقة وهو حق لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان اهـ وظاهر كلام النهاية أن ذلك إقالة حقيقة ، ومقتضاه أنه يترتب عليه أحكام البيع الآتية وأورد عليه أن الفاسد يجب فسخه على كل منهما بدون رضا الآخر ، وكذا للقاضى فسخه بلا رضاهما والإقالة يشترط لها الرضا اللهم إلا أن يراد بالإقالة مطلق الفسخ كما أفاده محشى مسكين :

قلت : وإليه يشير كلام الفتح المذكور ، وهو الظاهر لأن المقصود منه رفع العقد كأنه لم يكن رفعا للمعصية والإقالة تحقق العقد من بعض الأوجه فلابد أن يكون الفسخ فى حق المتعاقدين وحق غيرهما والله سبحانه أعلم (قوله وفيما إذا غره البائع يسيرا الخ) أصل البحث لصاحب البحر وضمن الشارح غره معنى غبنه والمعنى إذا غره غابنا له غبنا يسيرا : أى فإذا طلب منه المشترى الإقالة وجبت عليه رفعا للمعصية تأمل (قوله كما سيجىء) أى فى آخر الباب الآتى (قوله وحكمها أنها فسخ الخ) الظاهر أنه أراد بالفسخ الانفساخ (١) : لأن حكم العقد الأثر الثابت به كالملك فى البيع ، وأما الفسخ بمعنى الرفع فهو حقيقتها (قوله فسخ فى حق المتعاقدين) هذا إذا كانت قبل القبض بالإجماع ، وأما بعده فكذلك عند الإمام إلا إذا تعذر ، بأن ولدت المبيعة فتبطل : قال أبو يوسف هى بيع إلا إذا تعذر بأن وقعت قبل القبض فى منقول ، فتكون فسخا إلا إذا تعذر أيضا بأن ولدت المبيعة والإقالة قبل القبض فتبطل وقال محمد : هى فسخ إن كانت بالثمن الأول أو بأقل ، ولو بأكثر أو بجنس آخر فبيع ، والخلاف مقيد بما إذا كانت بلفظ الإقالة كما يأتى نهر والصحيح قول الإمام كما فى تصحيح العلامة قاسم (قوله فيما هو من موجبات العقد) قيد به الزيلعى وتبعه أكثر الشراح وفيه شىء فإن الكلام فيما هو من موجبات العقد لا فيما هو ثابت بشرط زائد إذ الأصل عدمه فقولهم فسخ أى لما أوجبه عقد البيع ، فهو على إطلاقه تدبر رملى على المنح (قوله أى أحكام العقد) أى ماثبت بنفس العقد من غير شرط بحر (قوله بشرط زائد) الأولى أن يقول بأمر زائد ، وذلك كحلول الدين فإنه لاينفسخ بالإقالة ليعود الأجل ، لأن حلوله إنما كان برضا من هو عليه حيث ارتضاه ثمنا فقد أسقطه فلا يعود بعد ط (قوله كأنه باعه منه) أى كأن المشترى باع العين من البائع ، لأنه لما سقط الدين سقط الأجل ، وصارت المقالة بعد ذلك كأنه باع المبيع من بائعه فيثبت له عليه دين جديد تأمل (قوله ولو رده بخيار) أى خيار عيب وعبارة البحر بعيب (قوله لأنه فسخ) فإن الرد بخيار العيوب إذا كان بالقضاء

---

(١) (قوله الظاهر أنه أراد بالفسخ الانفساخ) إنما يحتاج إلى هذا التأويل لو وقع الفسخ خبرا عن الحكم وأما على ما فى عبارة الشارح فلا حاجة إليه لأن الفسخ أخبر به عن الاقالة إذ الضمير الواقع اسما لأن كناية عنها وخبر الحكم إنما هو جملة أن ومعموليها اهـ .

لم تعد الكفالة فيهما ثمانية ثم ذكر لكونها فسخا فروعا (ف) الأول أنها (تبطل بعد ولادة المبيعة) لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة بعد القبض حقا للشرع لا قبله مطلقا ابن ملك (و) الثانى (تصح بمثل الثمن الأول وبالسكوت عنه) ويرد مثل المشروط ولو المقبوض أجود أو أردأ

يكون فسخا ولذا يثبت للبائع رده على بائعه بخلاف ما إذا كان بالتراضى ، فإنه بيع جديد (قوله لم تعد الكفالة فيهما) أى فى الإقالة والرد بعيب بقضاء اه ح :

فتحصل أن الأجل والكفالة فى البيع بما عليه لايعودان بعد الإقالة وفى الرد بقضاء فى العيب يعود الأجل ، ولاتعود الكفالة اه ط :

قلت : ومقتضى هذا أنه لو كان الرد بالرضا لا تعود الكفالة بالأولى ، وذكر الرملى فى كتاب الكفالة أنه ذكر فى التتارخانية عن المحيط ، عدم عودها سواء كان الرد بقضاء أو رضا وعن المبسوط أنه إن كان بالقضاء تعود وإلا فلا .

ثم قال الرملى والحاصل : أن فيها خلافا بينهم (قوله لا قبله مطلقا) أى متصلة أو منفصلة قال فى الفتح : والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والأرش والعقر ، إذا كانت قبل القبض لاتمنع الفسخ ، والدفع وإن كانت بعد القبض متصلة ، فكذلك عنده وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لتعذر الفسخ معها اه ، ومثله فى ابن ملك على المجمع لكن قدمنا عن الخلاصة أن مايمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، وقدمنا أيضا أن الرد بالعيب يمتنع فى المتصلة الغير المتولدة مطلقا ، وفى المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط ويوافقه مافى الخامس والعشرين من جامع الفصولين : أن الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقا كصبغ ، وبناء والمتصلة المتولدة ، كولد وثمر وأرش وعقر تمنع الرد وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ والمنفصلة التى لم تتولد ككسب وغلة لا يمنع الرد والفسخ بسائر أسبابه اه :

[تنبيه] قال فى الحاوى : تقايلا البيع فى الثوب بعدما قطعه المشترى وخاطه قميصا أو فى الحديد ، بعد ما اتخذه سيفا لا تصح الإقالة كمن اشترى غزلا فنسجه أو حنطة فطحنها ، وهذا إذا تقايلا على أن يكون الثوب للبائع ، والخياطة للمشترى يعنى يقال للمشترى : افتق الخياطة وسلم الثوب لما فيه من ضرر المشترى ، فلو رضى بكون الخياطة للبائع بأن يسلم الثوب إليه كذلك يقول تصح اه .

وفى حاشية الخير الرملى على الفصولين : وقد سئلت فى مبيع استغله المشترى هل تصح الإقالة فيه فأجبت بقولى : نعم وتطيب الغلة له والغلة اسم للزيادة المنفصلة كأجرة الدار وكسب العبد ، فلا يخالف مافى الخلاصة من قوله رجل باع آخر كرما فسلمه إليه فأكل نزله يعنى ثمرته سنة ثم تقايلا ، لاتصح وكذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو أستهلكها الأجنبى اه (قوله وتصح بمثل الثمن الأول) حتى لو كان الثمن عشرة دنانير ، فدفع إليه دراهم ثم تقايلا ، وقد رخصت الدنانير رجع بالدنانير لابما دفع ، وكذا لو رد بعيب وكذا فى الأجرة ، لو فسخت ولو عقد بدراهم فكسدت ثم تقايلا رد الكاسد كذا فى الفتح نهر (قوله وبالسكوت عنه) المراد أن الواجب هو الثمن الأول سواء سماه أولا قال فى الفتح : والأصل فى لزوم الثمن ، أن الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين ، وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول ، كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، وثبوته برجوع عين الثمن إلى مالكه كأن لم يدخل فى الوجود غيره وهذا يستلزم تعين الأول ، ولنفى غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس اه (قوله ويرد مثل المشروط الخ) ذكر هذا هنا غير مناسب ، لأنه ليس من فروع كونها فسخا بل من فروع كونها بيعا ولذا ذكره الزيلعى وغيره فى

ولو تقايلاوقد كسدت رد الكاسد (إلا إذا باع المتولى أو الوصى للوقف أولاصغير شيئاباً كثر من قيمته أو اشتريا شيئا بأقل منها للوقف أو للصغير لم تجز إقالته ولو بمثل الثمن الأول وكذا المأذون كمامر (وإن) وصلية (شرط غير جنسه أوأكثرمنه أو) أجله وكذا فى (الأقل) إلا مع تعيبه فتكون فسخابالأقل او بقدر العيب لا أزيد ولا أنقص قبل إلا بقدر مايتغابن الناس فيه (و) الثالث (لاتفسد بالشرط) الفاسد (وإن لم يصح تعليقها به) كما سيجىء (و) الرابع (جاز للبائع بيع المبيع منه) ثانيا بعدها (قبل قبضه)

محترزات قوله فيما هو من موجبات العقد فقال : وكذا لو قبض أردأ من الثمن الأول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط فى البيع الأول كأنه باعه من البائع بمثل الثمن الأول ، وقال الفقيه أبو جعفر: عليه رد مثل المقبوض ، لأنه لو وجب عليه رد مثل المشروط ، للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ، ولو كان الفسخ بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء يجب رد المقبوض إجماعا لأنه فسخ من كل وجه اه ومثله فى المنح فافهم (قوله ولو تقايلا الخ) قدمناه آنفا عن النهر (قوله لم تجز إقالته) مراعاة للوقف والصغير منح وينبغي أن تجوز على نفسه فى مسألة البيع كما قدمناه (قوله وإن شرط غير جنسه) متعلق بما قبل الاستثناء فكان ينبغى تقديمه عليه اه ح (قوله أوأكثر منه) أى من الثمن الأول أو من الجنس (قوله أو أجله) بأن كان الثمن حالا فأجله المشترى عند الإقالة فإن التأجيل يبطل وتصح الإقالة وإن تقايلا ، ثم أجله ينبغى أن لا يصح الأجل ، عند أبى حنيفة ؛ فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده كذا فى القنية بحر لكن تقدم فى البيع الفاسد أنه لايصح البيع إلى قدوم الحاج ، والحصاد والدياس ، ولو باع مطلقا ثم أجل إليها صح التأجيل وقدمنا أيضا تصحيح عدم التحاق الشرط الفاسد (قوله إلا مع تعيبه) أى تعيب المبيع عند المشترى فإنها تصح بالأقل ، وصار المحطوط بازاء نقصان العيب قهستانى (قوله لاأزيد ولا أنقص) فلو كان أزيد أو أنقص ، هل يرجع بكل الثمن أو ينقص بقدر العيب ، ويرجع بما بقى فليراجع ط :

قلت : الظاهر الثانى ، لأن الإقالة عند التعيب جائزة بالأقل ، والمراد نفى الزيادة والنقصان عن مقدار العيب ، فصار الباقى بمنزلة أصل الثمن فتلغو الزيادة والنقصان فقط ويرجع بما بقى والله أعلم :

[تنبيه] علم من كلامهم أنه لوزال العيب فأقال على أقل من الأول لايلزم إلا الأول بقى لوزال بعد الإقالة هل يرجع المشترى على البائع بنقصان العيب الذى أسقطه من الثمن الأول ، مقتضى كونها فسخا فى حقهما أنه يرجع ، ونظيره ما قدمناه فى أوائل باب خيار العيب او صالحه عن العيب ، ثم زال رجع البائع تأمل وفى التتارخانية تعيبت الجارية بيد المشترى بفعله أو بآفة سماوية وتقايلا ، ولم يعلم البائع بالعيب وتمت الإقالة إن شاء أمضى الإقالة وإن شاء رد وإن علم به لا خيار له اه :

قال الخير الرملى فى حواشى المنح بعد نقله أقول : فلو تعذر الرد بهلاك المبيع هل يرجع بنقصان العيب بمقتضى جعلها بيعا جديدا أم لا لأنها فسخ فى حقهما الظاهر الثانى اه وهذا يؤيد ما قلنا (قوله قبل الخ) نقله فى البحر عن البناية عن تاج الشريعة ، ولم يعبر عنه بقيل ولعل الشارح أشار إلى ضعفه لمخالفته إطلاق ما فى الزيلعى ، والفتح من نفى زيادة والنقصان ، مع أن وجه هذا القول ظاهر ، لأن المراد بما يتغابن فيه ما يدخل تحت تقويم المقومين فلو كان المبيع ثوبا حدث فيه عيب ، بعضهم يقول بنقصه عشرة ، وبعضهم أحد عشر فهذا الدرهم يتغابن فيه ، نعم لو اتفق المقومون على شىء خاص تعين نفى الزيادة تأمل (قوله لا تفسد بالشرط الفاسد) كشرط غير الجنس أو الأكثر أو الأقل كما علمت (قوله وإن لم يصح تعليقها به) مثل له فى البحر بما قدمناه عن البزازية من قول المشترى للبائع إن وجدت مشتريا بأزيد فبعه منه (قوله كما سيجىء) أى قبيل باب الصرف اه ح (قوله والرابع) صورته

ولو كان بيعا فى حقهما لبطل كبيعه من غير المشترى عينى (و) الخامس (جاز قبض المكيل والموزون منه) بعدها (بلا إعادة) كيله ووزنه (و) السادس (جاز هبة المبيع منه بعد الإقالة قبل القبض) ولو كان بيعا فى حقهما لما جاز كل ذلك (و) إنما (هى بيع فى حق ثالث) أى لو بعد القبض بلفظ الإقالة فلو قبله فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقار ولو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعا اتفاقا أو لو بلفظ البيع فبيع إجماعا وثمرته فى مواضع (ف) الأول (لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا قضى له بها) لكونها بيعا جديدا فكان الشفيع ثالثهما (و) الثانى (لا يرد البائع الثانى على الأول بعيب علمه بعدها)

باع زيد من عمرو شيئا منقولا كثوب ، وقبضه ثم تقايلا ثم باعه زيد ثانيا من عمرو قبل قبضه منه جاز البيع لأن الاقالة فسخ فى حقهما ، فقد عاد إلى البائع ملكه السابق فلم يكن بائعا ما شراه قبل قبضه (قوله ولو كان) أى عقد المقايلة (قوله لبطل) أى فسد وبه عبر المصنف ووجهه أنه باع المنقول قبل قبضه ط (قوله كبيعه من غير المشترى) أى كما لو باعه البائع المذكور من غير المشترى قبل قبضه من المشترى فيفسد البيع لكون الاقالة بيعا جديدا فى حق ثالث : فصار بائعا ماشراه قبل قبضه بخلاف ما إذا باعه من المشترى لما علمت (قوله جاز قبض المكيل والموزون) المراد جواز التصرف به ببيع ، أو أكل بلا إعادة كيله أو وزنه ، ولو كانت الاقالة بيعا لم يجز ذلك كما سيأتى فى بابه وقوله منه : أى من المشترى متعلق بقبض (قوله قبل القبض) متعلق بهبة وفائدته أنه لو كانت الإقالة بيعا الفسخ ، لأن البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض كما فى البحر وإذا انفسخ لم تصح الهبة (قوله بيع فى حق ثالث) إنما كانت عنده فسخا فى حقهما لأنها تنبئ عن الفسخ والرفع ، وبيعا فى حق الثالث ضرورة أنه يثبت به مثل حكم البيع ، وهو الملك لامقتضى الصيغة ، فحمل عليه لعدم ولايتهما على غيرهما كما فى الزيلعى وتوضيحه فى الشرنبلالية عن الجوهرة (قوله بلفظ الإقالة) أى صريحا أوضمنا لأنها قد تكون بالتعاطى كما مر ، فالمراد الاحتراز عما لو كانت بلفظ فسخ ونحوه أو بيع (قوله فى غير العقار) أى فى المنقول لأنه لا يجوز بيعه قبل قبضه ، أما فى العقار فهى بيع مطلقا لجواز بيعه قبل قبضه ، وما ذكره الشارح من كونها بيعا قبل القبض فسخا قبله ، هو ماجزم به الزيلعى وذكر فى البحر عن البدائع أن هذا رواية عن أبى حنيفة قال وظاهره ترجيح الاطلاق اه ويؤيده ما فى الجوهرة من أنه لا خلاف بينهم أنها بيع فى حق الغير ، سواء كانت قبل القبض أو بعده ، وحمله على العقار بعيد فليتأمل (قوله لم تجعل بيعا اتفاقا) إعمالا لموضوعه اللغوى ط عن الدرر (قوله ولو بلفظ البيع) كما لو قال البائع له بعنى ما اشتريت فقال : بعت كان بيعا بحر (قوله فبيع إجماعا) أى من أبى يوسف ومنهما فيجرى فيها حكم البيع حتى إذا دفع السلعة من غير بيان الثمن ، كان بيعا فاسدا ط وكذا يفسد لو كان المبيع منقولا قبل قبضه وما فى ح من أنها بيع لو بعد القبض ، وإلا ففسخ لئلا يلزم بيع المنقول قبل قبضه ، ففيه أن هذا التفصيل فى لفظ الإقالة والكلام فى لفظ البيع فافهم ، ولا يرد ما قدمناه عن البزازية من أن المشترى لو قال للبائع بعه لنفسك ، فلو باع جاز وانفسخ الأول لأن المراد بالبيع هنا أن يبيعه المشترى للبائع وفيما مر إذنه بالبيع لنفسه يقتضى تقدم الاقالة كما قدمناه (قوله وثمرته) أى ثمرة كونها بيعا فى حق ثالث (قوله فسلم الشفيع الشفعة) قيد به لتظهر فائدة كونها بيعا ، وإلا لو لم يسلم بأن أقال قبل أن يعلم الشفيع بالبيع فله الأخذ بالشفعة أيضا إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة تأمل ر.ملى (قوله قضى له بها) أى إذا طلبها عند علمه بالمقايلة (قوله والثانى لا يراد الخ) أى إذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان فى يد البائع ، فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك ، لأنه بيع فى حقه فكأنه اشتراه من المشترى بحر ، فالثالث هنا هو البائع الأول

لأنه بيع فى حقه (و) الثالث (ليس للواهب الرجوع إذا باع الموهوب له الموهوب من آخر ثم تقابلا) لأنه كالمشترى من المشترى منه (و) الرابع (المشترى إذا باع المبيع من آخر قبل نقد الثمن جاز) للبائع شراؤه منه بالأقل (و) الخامس (إذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول ووجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت فى يده لم تسقط الزكاة) فالفقير ثالثهما إذ الرد بعيب بلا قضاء إقالة ويزاد التقابض فى الصرف ووجوب الاستبراء لأنه حق الله تعالى فالله ثالثهما صدر الشريعة والإقالة بعض الإجارة والرهن فالمرتهن ثالثهما نهر فهى تسعة (و) الإقالة (يمنع صحتها هلاك المبيع) ولو حكما كالباق (لا الثمن) ولو فى بدل الصرف (وهلاك بعضه يمنع) الإقالة (بقدره) اعتبارا للجزء بالكل

وهذه كما فى الشرنبلالية حيلة للشراء بأقل مما باع قبل نقد ثمنه (قوله لأنه) أى الموهوب له لما تقابل مع المشترى منه صار كالمشترى من المشترى منه، فكأنه عاد إليه الموهوب بملك جديد وذلك مانع من رجوع الواهب فى هبته، فالثالث هنا هو الواهب (قوله والرابع المشترى الخ) صورته: اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن، فباعه من آخر، ثم تقايلا وعاد إلى المشترى ثم إن البائع اشتراه من المشترى بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل فى حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد فتح (قوله إذ الرد بعيب بلا قضـاء إقالة) أى والإقالة بيع جديد فى حق الفقير، فيكون بالبيع الأول مستهلكا للعروض فتجب الزكاة، ولو كانت الاقالة فسخا فى حق الفقير لارتفع البيع الأول وصار كأنه لم يبع وقد هلكت العروض فلا تجب الزكاة اهـ وعن هـذا قيد المصنف بكون العبد للخدمة إذ لو كان للتجارة لم يكن البيع استهلاكا فإذا هلكت العروض، بعد الرد لم تجب زكاتها، وكذا قيد بكون الرد بغير قضاء لأنه بالقضاء يكون فسخا فى حق الكل، فكأنه لم يصدر بيع، فلا تجب زكاتها بهلاكها بعده أفاده ط.

بقى شىء وهو أن كون الإقالة بيعا فى حق ثالث شرطه كونها بلفظ الإقالة كما قدمه، والرد بلا قضاء ليس فيه لفظها، والجواب أن هذا الرد إقالة حكما وليس المراد خصوص حروف الاقالة كما نبهنا عليه فيما مر فتدبر (قوله التقابض فى الصرف) لما مر من أن قبض بدليه شرط فى صحتها قال فى الفتح لأنه مستحق الشرع، فكان بيعا جديدا فى حق الشرع (قوله ووجوب الاستبراء) أى إذا اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا البيع نزل هذا التقايل منزلة البيع فى حق ثالث، حتى لا يكون للبائع الأول وطؤها إلا بعد الاستبراء حموى عن ابن ملك (قوله لأنه حق الله تعالى) علة للمسألتين (قوله والاقالة بعد الإجارة والرهن) أى لو اشترى دارا فأجرها أو رهنها، ثم تقايل مع البائع ذكر فى النهر أخذا من قولهم إنها بيع جديد فى حق ثالث أنها تتوقف على إجازة المرتهن، أو قبضه دينه وعلى إجازة المستأجر (قوله فالمرتهن ثالثهما) الأولى زيادة المستأجر (قوله فهى تسعة) يزاد ما قدمه فى قوله: أما لو وجب بشرط زائد كانت بيعا جديدا فى حقهما أيضا الخ. وقدمنا أن من فروع ذلك ما ذكره بعده من قوله: ويرد مثل المشروط، ولو المقبوض أجود أو أردأ (قوله ويمنع صحتها هلاك المبيع) لما مر أن من شرطها بقاء المبيع لأنها رفع العقد والمبيع محله بحر، وكذا هلاكه بعد الإقالة وقبل التسليم يبطلها كما يأتى، وقدمنا عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنعها (قوله كإباق) تمثيل للهلاك حكما: أى لو أبق قبل الاقالة، أو بعدها ولم يقدر على تسليمه (قوله ولو فى بدل الصرف) لأن المعقود عليه الذى وجب لكل واحد منهما بذمة صاحبه وهذا إباق نهر والأولى أن يقول: ولو بدلى الصرف وكأنه نظر إلى أن لفظ بدل نكرة مضافة فتعم (قوله وهلاك بعضه) أى بعض المبيع، كما يأتى تصويره فى قوله شرى أرضا مزروعة الخ (قوله اعتبارا للجزء بالكل) يعنى هلاك الكل كما منع فى الكل، فهلاك البعض يمنع فى البعض وفيه إشارة إلى أنه لو قايله فى بعض المبيع، وقبله

وليس منه مالو شرى صابونا فجف فتقايلا لبقاء كل المبيع فتح (وإذا هلك أحد البدلين فى المقايضة) وكذا فى السلم (صحت) الإقالة (فى الباقى منهما وعلى المشترى قيمة الهالك إن قيميا ومثله إن مثليا ولو هلكا بطلت) إلا فى الصرف.

(تقايلا فأبق العبد من يد المشترى وعجز عن تسليمه أو هلك المبيع بعدها قبل القبض بطلت) بزازية (وإن اشترى أرضا مشجرة فقطعه أو (عبدا فقطعت يده وأخذ أرشها ثم تقايلا صحت ولزمه جميع الثمن ولاشىء لبائعه من أرش الشجر واليدان عالما به) بقطع اليد والشجر (وقت الإقالة وإن غير عالم خير بين الأخذ بجميع ثمنه أو الترك) قنية وفيها شرى أرضا مزروعة ثم حصده ثم تقايلا

صح وبه صرح فى الحاوى سائحانى . وقدمنا أول الباب عبارة الحاوى (قوله وليس منه) أى من هلاك البعض فليس له أن ينقص شيئا من الثمن لجفافه ط (قوله فى المقايضة) بالياء المثناة التحتية : وهى بيع عين بعين كأن تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد فى يد بائع الجارية ، ثم أقالا البيع فى الجارية وجب رد قيمة العبد ، ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما ، لأن كل واحد منهما مبيع ، فكان المبيع قائما وتمامه فى العناية (قوله وكذا فى السلم) قال فى البحر : ثم اعلم أنه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الاقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه ، فإنها صحيحة سواء كان رأس المال عينا أو دينا ، وسواء كان قائما فى يد السلم إليه أو هالكا ، لأن المسلم فيه ، وإن كان دينا حقيقة فله حكم العين ، حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه ، وإذا صحت فإن كان رأس المال عينا ردت ، وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثليا والقيمة إن كان قيميا ، وكذا إقالته بعد قبض المسلم فيه إن كان قائما ، ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه معينا كذا فى البدائع اه ح (قوله ولو هلكا) أى البدلان (قوله إلا فى الصرف) فهلاك بدليه لا يبطل الإقالة لما مر أن المعقود عليه ما فى ذمة كل من المتعاقدين (قوله تقايلا فأبق العبد) أراد به أن الهلاك كما يمنع ابتداء الإقالة يمنع بقاءها اه ح وبه صرح فى النهر (قوله أو هلك المبيع) أى حقيقة لأن الإباق هلاك لكنه حكمى :

والحاصل : أن قول المصنف ويمنع صحتها هلاك المبيع لا يختص بكون الهلاك قبل الاقالة بل مثله ما إذا كان الهلاك حقيقة أو حكما بعد الإقالة قبل التسليم إلى البائع ، ونص عبارة البزازية : هلك المبيع بعد الإقالة قبل التسليم بطلت اه :

ثم رأيت الرملى فى حاشية البحر نقل هذه العبارة عن البزازية ، ونقلها أيضا بعينها عن مجمع الفتاوى وعن مجمع الرواية شرح القدورى عن شرح الطحاوى ، ثم قال : ومثله فى كثير من الكتب اه وبه سقط ماقيل إن هذه العبارة ليست فى البزازية ، بل ذكرها فى البحر بلا عزو بدون قوله قبل القبض اه فافهم (قوله بزازية) عزو لقوله تقايلا الخ نبه به على أنه ليس من مسائل المتون (قوله مشجرة) فى القاموس : أرض شجرة ومشجرة وشجراء كثيرة الشجر اه فهى بفتح الميم والجيم والراء كما يقال : أرض مسبعة على وزن مرحلة كثيرة السباع كما فى القاموس أيضا فافهم (قوله فقطعه) أى المشترى ، والضمير للشجر المعلوم من مشجرة ط (قوله من أرش الشجر واليد) فى المصباح أرش الجراحة ديتها ، وأصله الفساد ثم استعمل فى نقصان الأعيان لأنه فساد فيها اه فالمراد هنا بدل الفساد أى بدل نقصان المبيع فافهم (قوله قنية) وحز لقوله : وإن اشترى الخ وقد نقل ذلك عنها فى البحر ، ثم قال ورقم برقم آخر أن الأشجار لا تسلم للمشترى ، وللبائع أخذ قيمتها منه ، لأنها موجودة وقت البيع ، بخلاف الأرش أى أرش اليد ، فإنه لم يدخل فى البيع أصلا لا قصدا ولا ضمنا اه قال الخير الرملى : وعليه فكل شىء موجود وقت البيع للبائع أخذ قيمته دخل ضمنا أو قصدا وكل شىء لم يدخل أصلا لا قصدا ولا ضمنا ليس للبائع أخذه ، وينبغى

صحت فى الأرض بحصتها ولو تقايلا بعد إدراكه لم يجز وفيها تقايلا ثم علم أن المشترى كان وطىء المبيعة ردها وأخذ ثمنها وفيها مؤنة الرد على البائع مطلقا (ويصح إقالة الإقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها) أى الإقالة (ارتفعت وعاد البيع (إلا إقالة السلم) فإنها لا تقبل الإقالة لكون المسلم فيه دينا سقط والساقط لا يعود أشباه وفيها رأس المال بعد الإقالة كهو قبلها فلا يتصرف فيه بعدها كقبلها إلا فى مسألتين لو اختلفا فيه بعدها فلا تحالف ، ولو تفرقا قبل قبضه جاز إلا فى الصرف

ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه اهـ (قوله صحت فى الأرض بحصتها) الفرق بينه وبين الشجر أن الشجر يدخل فى بيع الأرض تبعا ، بخلاف الزرع كما فى البحر اهـ ح أى أن الزرع لا يدخل فى بيع الأرض إلا إذا نص عليه فيكون بعض المبيع ، فله حصة من الثمن بخلاف الشجر وعلى النقل الآخر عن القنية لا فرق بينهما (قوله ولو تقايلا بعد إدراكه) أى فى يد المشترى لم يجز ، لأن العقد إنما ورد على التفصيل دون الحنطة بحر عن القنية : أى والحنطة زيادة منفصلة متولدة ، وهى مانعة كما قدمناه عن جامع الفصولين (قوله ردها وأخذ ثمنها) أى له ذلك وقدمنا أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، وقدم المصنف فى خيار العيب أنه لو وطىء الجارية أو قبلها أو مسها بشهوة ، ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا أى ولو ثيبا (قوله وفيها مؤنة الرد على البائع مطلقا) لأنه عاد إلى ملكه فمؤنة رده عليه قال القاضى بديع الدين : سواء تقايلا بحضرة المبيع أو بغيبته اهـ منح وهذا معنى قوله مطلقا وإن لم يذكر فى عبارة القنية فسقط ما قيل إن الصواب إسقاطه فافهم (قوله إلا إقالة السلم) أى قبل قبض المسلم فيه فلو بعده صحت كما تعرفه (قوله لكون المسلم فيه دينا سقط) أى بالإقالة فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه ، والساقط لا يحتمل العود ، بخلاف الإقالة فى البيع ، لأنه عين فأمكن عوده إلى ملك المشترى بحر من باب السلم (قوله رأس المال) أى مال السلم (قوله كهو قبلها) أى حكمه بعدها كحكمه قبلها ، وفيه إدخال الكاف على ضمير الرفع المنفصل ، وهو مختص بالضرورة ، وكذا قوله كقبلها فيه أن الظروف التى تقع غايات لا تجر إلا بمن حموى (قوله فلا يتصرف فيه) أى بنحو بيع وشركة قبل قبضه فلا يجوز لرب المسلم شراء شىء من المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة قبل قبضه أى قبل قبض رب السلم رأس المال من المسلم إليه وهذا فى السلم الصحيح ، فلو فاسدا جاز الاستبدال كسائر الديون كما ذكره الشارح فى بابه وفيه كلام سيأتى هناك (قوله إلا فى مسألتين) استثناء من قوله كهو قبلها (قوله لو اختلفا فيه) أى فى رأس المال بعدها أى بعد الإقالة يعنى وقبل تسليم المسلم فيه لما فى سلم البحر عن الذخيرة : لو تقايلا بعد ما سلم المسلم إليه المسلم فيه ثم اختلفا فى رأس المال تحالفا لأن المسلم فيه عين قائمة ، وليس بدين فالإقالة هنا تحتمل الفسخ قصدا اهـ وهذا صريح فى أن إقالة الإقالة فى السلم جائزة لو بعد قبض المسلم فيه (قوله فلا تحالف) بل القول فيه قول المسلم إليه ذخيرة ، بخلاف ما قبلها ط عن أبى السعود قال ح : لأن التحالف باعتبار أن اختلافهما فى رأس المال اختلاف فى نفس العقد ولا عقد بعد الإقالة (قوله ولو تفرقا قبل قبضه) أى قبض رأس مال السلم بعد الإقالة جاز لأن قبضه شرط حال بقاء العقد لا بعد إقالته (قوله إلا فى الصرف) استثناء منقطع اهـ ح لأن أصل الكلام فى رأس المال ، فالأولى أن يقول بخلاف الصرف .

فإن الحاصل : أن رأس المال فى السلم بعد الإقالة لا يجوز الاستبدال به ، ولا يجب قبضه فى مجلسها ، وبدل الصرف بالعكس ، فإن قبضه فى مجلس الإقالة شرط لصحتها ويجوز الاستبدال به . قال فى البحر من السلم : ووجه الفرق أن القبض فى مجلس العقد فى البدلين ما شرط لعينه بل للتعيين ، وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين ، ولا حاجة إلى التعيين فى مجلس الإقالة فى السلم ، لأنه لا يجوز استبداله ، فتعود إليه

وفيها اختلاف المتبايعان فى الصحة والبطلان فالقول لمدعى البطلان وفى الصحة والفساد لمدعى الصحة ،

قلت : إلا فى مسألة إذا ادعى المشترى بيعه من بائعه بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الإقالة فالقول للمشترى مع دعواه الفساد ولو بعكسه تحالفا

عينه ، فلا تقع الحاجة إلى التعيين بالقبض ، فكان الواجب نفس القبض ، فلا يراعى له المجلس ، بخلاف الصرف ، لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض ، لأن استبداله جائز فلا بد من شرط القبض فى مجلس التعيين اه :

وحاصله : أن السلم لما لم يجز الاستبدال به قبل قبضه لم يلزم قبضه فى مجلس الإقالة لأن التعيين موجود بخلاف الصرف فإنه لما جاز استبداله لزم قبضه ليحصل التعيين .

مطلب فى اختلافهما فى الصحة والفساد أو فى الصحة والبطلان

(قوله اختلاف المتبايعان الخ) كان الأولى ذكر هذه المسألة فى باب البيع الفاسد ولكن مناسبتها هنا ذكر المسألة المستثناة (قوله فالقول لمدعى البطلان)لأن انعقاد البيع حادث والأصل عدمه اه ح فهو منكر لأصل العقد (قوله لمدعى الصحة) لأنهما لما اتفقا على العقد كان الظاهر من أقدمهما عليه صحته اه ح ولأن مدعى الفساد يدعى حق الفسخ وخصمه ينكر ذلك والقول للمنكر ط ولو برهنا فالبينة بينة الفساد ، وهذا لو ادعى الفساد بشرط فاسد أو أجل فاسد باتفاق الروايات ،وإن كان لمعنى فى صلب العقد بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم ورطل خمر والآخر يدعى البيع بألف درهم فيه روايتان ، عن أبى حنيفة فى ظاهر الرواية : القول لمدعى الصحة أيضا والبينة بينة الآخر كما فى الوجه الأول ، وفى رواية القول المدعى الفساد خانية ، ولم يذكر هناك مالو اختلفا فى أنه لتحية أوجد أو اختلفا فى أنه بات أو وفاء لأنه سيذكر ذلك آخر باب الصرف (قوله قلت إلا فى مسألة) الاستثناء من صاحب الأشباه وعزا فيها المسألة إلى الفتح (قوله وادعى البائع الإقالة) أى به كما فى الفتح ، الظاهر أن الضمير فى به عائد إلى الأقل المذكور لا إلى الثمن :

فصورة المسألة : اشترى زيد من عمرو ثوبا بألف ، ثم رد زيد الثوب إليه قبل نقد الثمن ، وادعى أنه باعه منه قبل النقد بتسعين ، وفسد البيع بذلك ، وادعى البائع أنه رده إليه على وجه الإقالة بالتسعين فالقول لزيد المشترى : مع يمينه فى إنكار الإقالة كما فى الفتح ووجهه كما قال الحموى أن دعوى الاقالة تستلزم دعوى صحة البيع ، لأنها لا تكون إلا فى الصحيح اه

قلت : لكن تقدم أنها تجب فى عقد مكروه ، وفاسد مع ما فيه من الكلام ، ويظهر لى أن وجهه هو أن المشترى لما ادعى بيعه بالتسعين لم يجب له غيرها ومدعى الإقالة يدعى أن الواجب المائة لأن الإقالة إن كانت بمائة فظاهر ، وإن كانت بتسعين فلأنها لا تكون إلا بمثل الثمن الأول وإن شرط أقل منه كما مر فقد صار مقرا للمشترى بالعشرة والمشترى يكذبه فلغا كلام مدعى الإقالة تأمل (قوله ولو بعكسه) بأن ادعى زيد المشترى الإقالة وادعى عمرو البائع أنه اشتراه من المشترى بتسعين (قوله تحالفا) وجهه : أن المشترى بدعواه الإقالة يدعى أن الثمن الذى يستحقه بالرد مائة ، والبائع بدعواه الشراء بالتسعين يدعى أن الثمن الواجب رده للمشترى تسعون ، فنزل اختلافهما فيما يجب تسليمه إلى المشترى بمنزلة اختلافهما فى قدر الثمن الموجب للتحالف بالنص ، وإلا فالمائة التى هى الثمن الأول إنما ترد إلى المشترى بحكم الإقالة فى البيع الأول وهى غير الخمسين التى هى الثمن فى البيع الثانى أفاده الحموى :

بشرط قيام المبيع إلا إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى ، ورأيت معزيا للخلاصة : باع كرما وسلمه فأكل مشتريه نزله سنة ثم تقايلا لم يصح ؛

باب المرابحة والتولية

لما بين الثمن شرع فى المثمن ولم يذكر المساومة والوضيعة لظهورهما :

(المرابحة) مصدر رابح وشرعا (بيع ما ملكه)

قلت : وفيه أن الكلام فيما قبل نقد المشترى الثمن ، وأيضا فمسألة التحالف عند اختلاف المتبايعين ، ورد بها النص على خلاف القياس فكيف يقاس عليها غيرها مع عدم التماثل ؟ والذى يظهر لى أن المسألة مفرعة على قول أبى يوسف أن الإقالة بيع لا فسخ ، وحينئذ فقد توافقا على البيع الحادث ، لكن المشترى يدعيه بوجه الإقالة ، والواجب فيها مائة والبائع يدعيه بالبيع بالأقل ، وذلك اختلاف فى الثمن فى عقد حادث والله أعلم فافهم (قوله بشرط قيام المبيع الخ) هذا شرط التحالف مطلقا قال فى الأشباه : يشترط قيام البيع عند الاختلاف فى التحالف إلا إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى كما فى الهداية اه فإنه إذا استهلكه غير المشترى تكون قيمة العين قائمة مقامها ، وأما إذا استهلكه المشترى فى يد البائع نزل قابضا وامتنعت الإقالة ، وكذا إذا استهلكه أحد فى يده لفقد شرط الصحة ، وهو بقاء المبيع ، ومحل عدم التحالف عند هلاك المبيع إذا كان الثمن دينا ، أما إذا كان عينا بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين ، فإنهما يتحالفان من غير خلاف ، لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم ، ويرد مثل الهالك أو قيمته والمصير إلى التحالف فرع العجز عن إثبات الزيادة بالبينة ، وتمامه فى حاشية الأشباه لأبى السعود ط (قوله نزله) بضم النون والزاى ، والمراد ثمرته.اه ح (قوله لم يصح) تمام عبارة الخلاصة ، وكذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبى اه .

أقول : ينبغى تقييد المسألة بما إذا حدثت هذه الزيادة بعد القبض ، أما قبله فلا تمنع الإقالة كما فى الرد بالعيب تأمل : وفى التتارخانية : ولو اشترى أرضا فيها نخل ، فأكل الثمر ، ثم تقايلا قالوا إنه تصح الإقالة ، ومعناه على قيمته إلا أن يرضى البائع أن يأخذها كذلك اه رملى على المنح ، وبما ذكره من التقييد يندفع ما يتوهم من منافاة ما فى الخلاصة لما مر من أن هلاك بعضه يمنع الإقالة بقدره ، ولما مر فى قوله شرى أرضا مزروعة الخ ومثله مسألة التتارخانية المذكورة ويؤيده ما قدمناه من أن الزيادة المنفصلة المتولدة تمنع لو بعد القبض والله سبحانه أعلم ه

باب المرابحة والتولية

وجه تقديم الإقالة عليهما : أن الاقالة بمنزلة المفرد من المركب ، لأنها إنما تكون مع البائع ، بخلاف التولية والمرابحة فإنهما أعم من كونهما مع البائع وغيره ط ، وأيضا فالإقالة متعلقة بالمبيع لا بالثمن ، ولذا كان من شروطها قيام المبيع والتولية والمرابحة متعلقان أصالة بالثمن ، والأصل هو المبيع (قوله لما بين المثمن الخ) قال فى الغاية : لما فرغ من بيان ألواع البيوع اللازمة وغير اللازمة كالبيع بشرط الخيار وكانت هى بالنظر إلى جانب المبيع شرع فى بيان أنواعها بالنظر إلى جانب الثمن كالمرابحة ، والتولية والربا والصرف ، وتقديم الأول على الثانى لأصالة المبيع دون الثمن اه ط عن الشلبى (قوله ولم يذكر المساومة) وهى للبيع بأى ثمن كان من غير نظر إلى الثمن الأول وهى المعتادة (قوله والوضيعة) هى البيع بمثل الثمن الأول ، مع نقصان يسير إتقانى : وفى البحر : هى البيع بأنقص من الأول ، وقدمنا أول البيوع عن البحر خامسا وهو الاشتراك أى أن يشرك غيره فيما اشتراه أى بأن يبيعه نصفه مثلا لكنه غير خارج عن الأربعة (قوله وشرعا بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل) عدل عن قول الكنز هو بيع بثمن سابق لما أورد عليه من أنه غير مطرد ، ولا منعكس أى غير مانع ، ولا جامع أما الأول

من العروض ولو بهبة أو إرث أو وصية أو غصب فإنه إذا ثمنه (بما قام عليه وبفضل) مؤنة وإن لم تكن من جنسه كأجر قصار

فلأن من شرى دنانير بالدراهم لا يجوز له بيعها مرابحة ، وكذا من اشترى شيئا بثمن نسيئة لا يجوز له أن يرابح عليه مع صدق التعريف عليهما ، وأما الثانى فلأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيع الغاصب له مرابحة بأن يقول قام علىّ بكذا ، ولا يصدق التعريف عليه بعدم الثمن ، وكذا لو رقم فى الثوب مقدارا ولو أزيد من الثمن الأول ثم رابحه عليه جاز كما سيأتى بيانه عند ذكر الشارح له ، وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقومه قيمة ، ثم رابحه على تلك القيمة ، ولا يصدق التعريف عليهما ، لكن أجيب عن مسألة الدنانير بأن الثمن المطلق يفيد أن مقابله مبيع متعين ، ولذا قال الشارح من العروض ، ويأتى بيانه وعن مسألة الأجل بأن الثمن مقابل بشيئين : أى بالمبيع وبالأجل ، فلم يصدق فى أحدهما أنه بثمن سابق وقول البحر : إنه لا يرد لجوازها إذا بين أنه اشتراه نسيئة رده فى النهر بأن الجواز إذا بين لا يختص بذلك ، بل هو فى كل ما لا تجوز فيه المرابحة كما لو اشترى من أصوله أو فروعه ، جاز إذا بين كما سيأتى . وعن مسائل العكس بأن المراد بالثمن ما قام عليه بلا خيانة ، وتمامه فى النهر فكان الأولى قول المصنف تبعا للدرر بيع ما ملكه الخ لعدم احتياجه إلى تحرير المراد ، ولأنه لا يدخل فيه مسألة الأجل لأنه إذا لم يبين الأجل لم يصدق عليه أنه بيع ما ملكه بما قام عليه لما علمت (قوله من العروض) احتراز عما ذكرنا من أنه لو شرى دنانير بدراهم ، لا يجوز له بيعها مرابحة كما فى الزيلعى والبحر والنهر والفتح . وعلله فى الفتح : بأن بدلى الصرف لا يتعينان ، فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعا اه لكن هذا وارد على تعريف المصنف ، إذ لا دلالة فيه عليه ، بخلاف تعريف الكنز وغيره ، فإن قوله بالثمن السابق دليل على أن المراد بما ملكه المبيع المتعين ، لأن كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا كما فى الفتح ، وقول المصنف بما قام عليه ، ليس المراد به الثمن لما مر فلهذا زاد الشارح قوله من العروض تتميما للتعريف (قوله ولو بهبة الخ) تعميم لقوله ما ملكه أشار به إلى دخول هذه المسائل فيه كما علمت (قوله فإنه إذا ثمنه الخ) جواب إذا قوله جاز ، وعدل عن قول غيره وقوّمه قيمة ليشمل المثلى :

وحاصله : أن ما وهب له ونحوه مما لم يملكه بعقد معاوضة إذا قدر ثمنه وضم إليه مؤنته مما يأتى يجوز له أن يبيعه مرابحة ، وكذا إذا رقم على ثوب رقما كما مر :

قال فى الفتح : وصورة المسألة أن يقول : قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو الرقم اه وظاهره أنه لا يقول قام علىّ بكذا وبه صرح فى البحر فى الرقم ، والظاهر أن الهبة ونحوها كذلك ، وحينئذ لا يدخل ذلك فى كلام المصنف تأمل ويأتى تمامه ، هذا وقال ح : إن قول الشارح فإنه إذا ثمنه أخرج به بعض التعريف عن كونه تعريفا ، وفسر الفضل بما يضم فصار مجموع المتن مع الشرح عبارة المبسوط : وهى عبارة مستقيمة فى ذاتها ، لكن بقى تعريف المرابحة بيع ما ملكه فقط وهو تعريف فاسد لكونه غير مانع اه أى لأن قوله بما قام عليه جزء التعريف . وكذا قوله ويفضل فإن مراده به فضل الربح لتتحقق المرابحة ، وإلا كان العقد تولية ، وأما فضل المؤنة فإنه يضم إلى ما قام عليه ، لكن لما كانت عبارة المتن فى نفسها تعريفا تاما اكتفى بها ولقصد الاختصار أخذ بعضها وجعله بيانا لتصوير مسألة الهبة ونحوها تأمل (قوله وإن لم تكن من جنسه) أى وإن لم تكن المؤنة المضمومة من جنس المبيع ط :

ونحوه ، ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز مبسوط :

(والتولية) مصدر ولى غيره جعله واليا. وشرعا (بيعه بثمنه الأول) ولو حكما يعنى بقيمته ، وعبر عنها به لأنه الغالب :

(وشرط صحتهما كون العوض مثليا أو) قيميا (مملوكا للمشترى و) كون (الربح شيئا معلوما) ولو قيميا مشارا إليه كهذا الثوب لانتفاء الجهالة

قلت : والأظهر كون المراد من جنس الثمن بقرينة ما بعده تأمل (قوله ونحوه) أى كصباغ وطراز (قوله ثم باعه مرابحة) أى بزيادة ربح على تلك القيمة التى قوّم بها الموهوب ونحوه مع ضم المؤنة إليها لأن كلامه فى ذلك ، بخلاف ما كان اشتراه بثمن فإنه يرابح على ثمنه لا على قيمته فافهم (قوله جعله واليا) فكأن البائع جعل المشترط واليا فيما اشتراه نهر : أى جعل له ولاية عليه وهذا إبداء مناسبة لمعنى الشرعى للمعنى اللغوى (قوله بيعه بثمنه الأول) قدعلمت أن المصنف عدل فى تعريف المرابحة ، عن التعبير بالثمن الأول إلى قوله بما قام عليه لدفع الإيراد السابق فما فر منه أولا وقع فيه ثانيا ، فكان المناسب أن يقول والتولية بيعه كذلك بلا فضل (قوله ولو حكما) أدخل به ما مر فى قوله ولو بهبة الخ فإنه يوليه بقيمته لكونه لم يملكه بثمن (قوله يعنى بقيمته) تفسير للثمن الحكمى لا لقوله بثمنه كما لا يخفى ح (قوله وعبر عنها به) أى بالثمن حيث أراد به ما يعم القيمة حتى صار عبارة عنه وعنها فافهم (قوله لأنه الغالب) أى الغالب فيما يملكه الإنسان أنه يكون بثمن سابق (قوله كون العوض) أى الكائن فى العقد الأول اهـ ح وهو ملك به المبيع نهر

[تنبيه] استفيد من التعريف أن المعتبر ما وقع عليه العقد الأول دون ما وقع عوضا عنه ، فلو اشترى بعشرة دراهم فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فرأس المال العشرة لا الدينار والثوب ، لأن وجوبه بعقد آخر وهو الاستبدال فتح ، ولو كان المبيع مثليا فرابح على بعضه كقفيز من قفيزين جاز لعدم التفاوت بخلاف القيمى وتمام تعريفه فى شرح المجمع : وفى المحيط : لو كان ثوبا ونحوه لا يبيع جزءا منه معينا لا نقسامه باعتبار القيمة ، وإن باع جزءا شائعا جاز وقيل يفسد بحر (قوله مثليا) كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب ، أما إذا لم يكن له مثل بأن اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا فرابحه أو ولاه إياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهى مجهولة فتح ونهر (قوله أو قيميا مملوكا للمشترى) صورته : اشترى زيد من عمرو عبدا بثوب ثم باع العبد من بكر بذلك الثوب مع ربح أولا ، والحال أن بكرا كان قد ملك الثوب من عمرو(١) قبل شراء العبد أو اشترى العبد بالثواب قبل أن يملكه من عمرو فأجازه بعده فلا شك أن الثوب بعد الإجازة صار مملوكا لبكر المشترى فيتناوله قول المتن أو مملوكا للمشترى اهـ ح فهذه الصورة مستثناة مما لا مثل له (قوله وكون الربح شيئا معلوما) تقدير لفظ الكون ، هو مقتضى نصب المصنف قوله معلوما : ووقع فى عبارة المجمع مرفوعا حيث قال : ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا أو مملوكا للمشترى ، والربح مثلى معلوم ، ومثله فى الغرر وصرح فى شرحه الدرر بأن الجملة حالية ، وكذا قال فى البحر : إن قوله أى المجمع والربح مثلى معلوم شرط فى القيمى المملوك للمشترى كما لا يخفى اهـ وتبعه فى المنح ، فقد ظهر أن هذا ليس شرطا مستقلا ، بل هو شرط للشرط الثانى ، لأن معلومية الربح وإن كانت شرطا فى صحة البيع مطلقا ، لكنه أمر ظاهر لا يحتاج إلى التنبيه عليه ، لأن جهالته تفضى إلى جهالة الثمن ، وإنما المراد التنبيه على أنه إذا كان الثمن الذى ملك به المبيع فى العقد الأول

---

(١) قوله (ملك الثوب من عمرو) والذى فى عبارة ح من زيد هنا وفيما بعده ، وصوابه من عمرو كما قلناه اهـ منه .

حتى لو باعه بربح ده يازده أى العشرة بأحد عشر لم يجز إلا أن يعلم بالثمن فى المجلس فيخير شرح مجمع للعينى (ويضم) البائع (إلى رأس المال أجر القصار والصبغ) بأى لون كان (والطراز) بالكسر علم الثوب (والفتل وحمل الطعام) وسوق الغنم وأجرة الغسل والخياطة (وكسوته) وطعام المبيع بلاسرف وسقى الزرع والكرم وكسحها وكرى المسناة والأنهار وغرس الأشجار وتجصيص الدار (وأجرة السمسار)

قيميا لا يصح البيع مرابحة إلا إذا كان ذلك القيمى مملوكا للمشترى . والحال أن الربح معلوم ، ولهذا ذكر فى الفتح أولا أنه لا يصح كون الثمن قيميا ثم قال : أما لو كان ما اشتراه به وصل إلى من يبيعه منه فرابحه عليه بربح معين كأن يقول : أبيعك مرابحة على الثوب الذى بيدك وربح درهم أوكر شعير أو ربح هذا الثوب جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزمه من الثمن اه وأفاد أن الربح المعلوم أعم من كونه مثليا أو قيميا كما نبه عليه الشارح بقوله : ولو قيميا الخ فاغتنم تحرير هذا المحل (قوله حتى لو باعه) تفريع على مفهوم قوله معلوما فى مسألة كون القيمى مملوكا للمشترى ، يعنى فلو كان الربح مجهولا فى هذه الصورة لا يجوز ، حتى لو باعه الخ فافهم :

واعلم : أن لفظ ده بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية ويازده بالياء المثناة التحتية وسكون الزاى اسم أحدعشر بالفارسية كما نقله ح عن البناية وبيان هذا التفريع ما فى البحر حيث قال : وقيد الربح بكونه معلوما للاحتراز عما إذا باعه بربح ده يازده ، لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته ، لأنه ليس من ذوات الأمثال كذا فى الهداية ، ومعنى قوله : ده يازده : أى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم ، فإن كان الثمن الأول عشرين كان الربح بزيادة درهمين ، وإن كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم ، فهذا يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال ، لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشىء يكون من جنسه كذا فى النهاية اه ما فى البحر :

وحاصله : أنه إذا كان الثمن فى العقد الأول قيميا كالعبد مثلا وكان مملوكا للمشترى فباع المالك المبيع من المشترى بذلك العبد وبربح ده يازده لا يصح ، لأنه يصير كأنه باعه المبيع بالعبد وبعشر قيمته فيكون الربح مجهولا لكون القيمة مجهولة ، لأنها إنما تدرك بالحزر والتخمين والشرط كون الربح معلوما كما مر ، بخلاف ما إذا كان الثمن مثليا والربح ده يازده فإنه يصح . قال النهر : ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره أى عشر ذلك المثلى ، فإن كان المشترى يعلم جملة ذلك صح ، وإلا فإن علم فى المجلس خير وإلا فسد اه وبه ظهر أن قول الشارح : لم يجز أى فيما إذا كان الثمن قيميا كما قررناه أولا ، وقوله : إلا أن يعلم الخ أى فيما إذا كان مثليا لأنه الذى يمكن علمه فى المجلس فافهم (قوله أجر القصار) قيد بالأجرة لأنه لو عمل هذه الأعمال بنفسه لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع متطوع بها أو باعارة نهر وسيجىء (قوله والصبغ) هو بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به درر والأظهر هنا الفتح لقول الشارح بأى لون كان ط (قوله والفتل) هو مايصنع بأطراف الثياب بحرير أو كتان من فتلت الحبل أفتله بحر (قوله وكسوته) بالنصب أى كسوة العبد المبيع قال فى الفتح : ولا يضم ثمن الجلال ونحوه ويضم الثياب فى الرقيق اه تأمل (قوله وطعام المبيع بلاسرف) فلا يضم الزيادة ط عن حاشية الشلبى : قال فى الفتح : ويضم الثياب فى الرقيق وطعامهم إلا ماكان سرفا وزيادة ، ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شىء متولد منها كألبانها وصوفها وسمنها ، فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد ، بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يرابح مع ضم ما أنفق عليه ، لأن الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما أنفق ويضم الباق اه (قوله وسقى الزرع) أى أجرته وكذا يقال فيما بعده ط (قوله وكسحها) فى المصباح كسحت البيت كسحا من باب نفع كنسته ثم استعير لتنقية البئر والنهر وغيره فقيل كسحته إذا نقيته وكسحت الشىء قطعته وأذهبته (قوله وكرى المسناة) فى المصباح كرى النهر كريا من باب رمى حفر فيه حفرة جديدة ، والمسناة حائط

هو الدالّ على مكان السلعة وصاحبها (المشروطة فى العقد) على ماجزم به فى الدرر ورجح فى البحر الإطلاق وضابطه كل مايزيد فى المبيع أو فى قيمته يضم درر واعتمد العينى وغيره عادة التجار بالضم (ويقول قام علىّ بكذا ولا يقول اشتريته) لأنه كذب وكذا إذا قوم الموروث ونحوه أوباع برقمه لو صادقا فى الرقم فتح (لا) يضم (أجر الطبيب) والمعلم درر ولو للعلم والشعر وفيه مافيه ولذا علله فى المبسوط بعدم العرف (والدلالة والراعى

يبنى فى وجه الأرض ويسمى السد اه وفسرها فى المغرب بما بنى للسيل ليرد الماء وكأنّ الشارح ضمن الكرى معنى الإصلاح تأمل (قوله هو الدال على مكان السلعة وصاحبها) لا فرق لغة بين السمسار والدلال ، وقد فسرهما فى القاموس بالمتوسط بين البائع والمشترى ، وفرق بينهما الفقهاء ، فالسمسار هو ما ذكره المؤلف والدلال هو المصاحب للسلعة غالبا أفاده سرى الدين عن بعض المتأخرين ط وكأنه أراد ببعض المتأخرين صاحب النهر ، فإنه قال وفى عرفنا الفرق بينهما هو أن السمسار الخ (قوله ورجح فى البحر الإطلاق) حيث قال : وأما أجرة السمسار والدلال فقال الشارح الزيلعى : إن كانت مشروطة فى العقد تضم ، وإلا فأكثرهم على عدم الضم فى الأول ، ولا تضم أجرة الدلال بالإجماع اه وهو تسامح فإن أجرة الأول تضم فى ظاهر الرواية والتفصيل المذكور قويلة ، وفى الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف كذا فى فتح القدير اه (قوله وضابطه الخ) فإن الصبغ وأخواته يزيد فى عين المبيع والحمل ، والسوق يزيد فى قيمته لأنها تختلف باختلاف المكان فتلحق أجرتها برأس المال درر ، لكن أورد أن السمسار لا يزيد فى عين المبيع ولا فى قيمته . وأجيب بأن له دخلا فى الأخذ بالأقل ، فيكون فى معنى الزيادة فى القيمة : وقال فى الفتح بعد ذكره الضابط المذكور قال فى الإيضاح : هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى فى بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (قوله وكذا إذا قوم الموروث الخ) قال فى الفتح : لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقوّمه قيمته ، ثم باعه مرابحة على تلك القيمه يجوز ه

وصورته : أن يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو رقمه ، ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشترى مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرابحه عليه ، وهو إذا قال رقمه كذا وهو صادق ، لم يكن خائنا فإن غبن المشترى فيه فمن قبل جهله اه قال فى البحر وقيده فى المحيط بما إذا كان عند البائع أن المشترى يعلم أن الرقم غير الثمن ، فأما إذا كان المشترى يعلم أن الرقم والثمن سواء فإنه يكون خيانة وله الخيار اه . وفى البحر أيضا عن النهاية فى مسألة الرقم ولايقول قام علىّ بكذا ولا قيمته كذا ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب اه وبه يظهر أن ما يفيده كلام الشارح من أنه يقول : قام علىّ بكذا غير مراد بل يظهر لى أنه لا يقول ذلك فى مسألة الهبة أيضا ، لأنه يوهم أنه ملكه بهذه القيمة مع أنه ملكه بلا عوض ففيه شبهة الكذب ، ويؤيده قول الفتح :

وصورته : أن يقول قيمته كذا الخ فقد سوى بينه وبين مسألة الرقم فى التصوير ، ثم إن قول الفتح وهو صادق ظاهره اشتراط كون الرقم بمقدار القيمة ، فيخالف ما مر عن النهاية ، وحمله على أن معناه أنه لا يرقمه بعشرة ، ثم يبيعه لجاهل بالخط على رقم أحد عشر بعيد والأحسن الجواب بحمله على ما إذا كان المشترى يظن أن الرقم والقيمة سواء كما يشير إليه ما مر عن المحيط فافهم (قوله وفيه ما فيه) فانه يفيد أنه لا يضم وإن كان متعارفا وهو خلاف ما يدل عليه كلام المبسوط قال فى الفتح : وكذا أى لا يضم أجر تعليم العبد صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه أى فى المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما أنفقه على التعليم موجبا للزيادة فى المالية ، ولا يخفى ما فيه إذ لا شك فى حصول الزيادة بالتعلم ، وأنه مسبب عن التعليم عادة ، وكونه بمساعدة القابلية

و) لا (نفقة نفسه) ولا أجر عمل بنفسه أو تطوع به متطوع (وجعل الآبق وكراء بيت الحفظ) بخلاف أجرة المخزن فإنها تضم كما صرحوا به وكأنه للعرف وإلا فلا فرق يظهر فتدبر (وما يؤخذ فى الطريق من الظلم إلا إذا جرت العادة بضمه) هذا هو الأصل كما علمت فليكن المعول عليه كما يفيده كلام الكمال (فإن ظهر خيانته فى مرابحة بإقراره أو برهان) على ذلك (أو بنكوله) عن اليمين (أخذه) المشترى (بكل ثمنه أو رده) لفوات الرضا (وله الحط) قدر الخيانة (فى التولية) لتحقق التولية (ولو هلك المبيع) أو استهلكه فى المرابحة (قبل رده أو حدث به مايمنع منه) من الرد (لزمه بجميع الثمن) المسمى (وسقط خياره)

فى المتعلم كقابلية الثوب للصبغ ، لا يمنع نسبته إلى التعليم فهو علة عادية والقابلية شرط وفى المبسوط : لو كان فى ضم المنفق فى التعليم عرف ظاهر يلحق برأس المال اه .

قلت : فقد ظهر أن البحث ليس فى العلة فقط بل فيها وفى الحكم فافهم (قوله ولا نفقة نفسه) أى فى سفره لكسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ط عن حاشية الشلبى (قوله وجعل الآبق) لأنه نادر ، فلا يلحق بالسائق ، لأنه لا عرف فى النادر فتح (قوله وكأنه للعرف) أصل هذا لصاحب النهر ، حيث قال : وقد مر أن أجرة المخزن تضم وكأنه للعرف وإلا فالمخزن وبيت الحفظ سواء فى عدم الزيادة فى العين اه ط (قوله هذا هو الأصل) أى ولو فى نفقة نفسه كما يقتضيه العموم ط (قوله كما يفيده كلام الكمال) حيث ذكر ما قدمناه عنه ثم قال أيضا بعد أن عد جملة مما لا يضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار اه وقد علمت مما مر عن المبسوط ، وأن المعتبر هو العرف الظاهر لاخراج النادر كجعل الآبق لأنه لا عرف فى النادر كما قدمناه آنفا (قوله فإن ظهر خيانته) أى البائع فى مرابحة بأن ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه كما فى المحيط ، أو أخبر بأنه اشتراه بعشرة ورابح على درهم فتبين أنه اشتراه بتسعة نهر (قوله أو برهان الخ) وقيل لاتثبت إلا باقراره لأنه فى دعوى الخيانة متناقض والحق سماعها كدعوى العيب فتح (قوله أخذه بكل ثمنه الخ) أى ولاحط هنا ، بخلاف التولية ، وهذا عنده وقال أبو يوسف : يحط فيهما وقال محمد : يخير فيهما والمتون على قول الإمام . وفى البحر عن السراج ، وبيان الحط فى المرابحة على قول أبى يوسف إذا اشتراه بعشرة وباعه بربح خمسة ، ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية فإنه يحط قدر الخيانة من الأصل وهو الخمس وهو درهمان ، وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما اه (قوله وله الحط) أى لاغير بحر (قوله لتحقق التولية) فى نسخة بتاءين ، وفى نسخة بتاء واحدة على أنه فعل مضارع ، والتولية فاعله أو مصدر مضاف إلى التولية وعلى كل فهو علة لقوله : وله الحط قدر الخيانة فى التولية ط قال ح : يعنى لو لم يحط فى التولية تخرج عن كونها تولية لأنها تكون بأكثر من الثمن الأول ، بخلاف المرابحة فإنه لو لم يحط فيها بقيت مرابحة (قوله ولو هلك المبيع الخ) لم أر ما لو هلك بعضه ، هل يمتنع رد الباقى مقتضى قوله أو حدث به مايمتنع من الرد أن له الرد كما لو أكل بعض المثلى أو باعه ، ثم ظهر له فيه عيب أو اشترى عبدين أو ثوبين فباع أحدهما ثم رأى فى الباقى عيبا له رد ما بقى بخلاف الثوب الواحد كما مر فى خيار العيب تأمل (قوله لزمه جميع الثمن(١)) فى الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شىء من الثمن ، كخيار الرؤية والشرط ، وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ ، فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد ، بخلاف خيار العيب ، لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به ، فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه وتمامه فى الفتح ، وانظر ما سيذكره الشارح عن أبى جعفر .

---

(١) قوله (لزمه جميع الثمن) هكذا بخطه والذى فى النسخ لزمه بجميع الثمن اه .

وقدمنا أنه لو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث آخر لم يرجع بالنقصان (شراه ثانيا) بجنس الثمن الأول (بعد بيعه بربح فإن رابح طرح ماربح) قبل ذلك (وإن استغرق) الربح (ثمنه لم يرابح) خلافا لهما وهو أرفق وقوله أوثق بحر ولو بين ذلك أو باع بغير الجنس أو تخلل ثالث جاز اتفاقا فتح ؛

(رابح) أى جاز أن يبيع مرابحة لغيره

مطلب خيار الخيانة فى المرابحة لا يورث

[تنبيه] قال فى البحر : وظاهر كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث ، فإذا مات المشترى فاطلع الوارث على خيانة بالطريق السابق فلا خيار له (قوله وقدمنا) أى فى أوائل خيار العيب (قوله لو وجد المولى) بتشديد اللام المفتوحة اسم مفعول من التولية (قوله لم يرجع بالنقصان) لأنه بالرجوع يصير الثانى أنقص من الأول ، وقضية التولية أن يكون مثل الأول بحر (قوله شراه ثانيا الخ) صورته : اشترى بعشرة وباعه مرابحة بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة (قوله بجنس الثمن الأول) يأتى محترزه (قوله فإن رابح الخ) ظاهر دليل الإمام يقتضى أنه لا فرق بين بيعه مرابحة أو تولية ، والمتون كلها مقيدة بالمرابحة ، وظاهرها جواز التولية على الثمن الأخير والظاهر الأول كما لا يخفى بحر وبه جزم فى النهر (قوله وإن استغرق الربح ثمنه) كما لواشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ، ثم اشتراه بعشرة لايبيعه مرابحة أصلا وعندهما يرابح على عشرة فى الفصلين بحر أى فى الاستغراق وعدمه (قوله لم يرابح) لأن شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة ، لأنه أى الربح يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب ، فيرده فيزول الربح عنه والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا وقيد بقوله لم يرابح لأن له أن يبيعه مساومة نهر (قوله بحر) أى عن المحيط ، ومعنى كون قول الإمام أو ثق أى أحوط لما علمت من أن الشبهة كالحقيقة هنا للتحرز عن الخيانة (قوله ولو بين ذلك) بأن يقول كنت بعته فربحت فيه عشرة ، ثم اشتريته بعشرة ، وأنا أبيعه بربح كذا على العشرة نهر (قوله أو باع بغير الجنس) بأن باعه بوصيف أى غلام أو بدابة أو عرض آخر ، ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مرابحة على عشرة ، لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ، ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ، ولا مدخل لها فى المرابحة ولذا قلنا : لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ، ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصته من الثمن كذا فى الفتح وأراد بالأشياء القيميات ، وتمامه فى النهر وقد مر (قوله أو تخلل ثالث) بأن اشترى من مشترى مشتريه لأن التأكيد حصل بغيره درر ؛

[تنبيه] علم من التقييد بالشراء أنه لووهب له ثوب ، فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة يرابح على العشرة ، ومن التقييد بالبيع بربح أنه لو أجر المبيع ولم يدخله نقص يرابح بلا بيان ، لأن الأجرة ليست من نفس المبيع ، ولا من أجزائه فلم يكن حابسا لشىء منه أى بخلاف ما لو نال من صوفه أو سمنه كما قدمناه وأنه لو حط عنه بائعه كل الثمن يرابح على ما اشترى بخلاف ما لو حط البعض لا لتحاقه بالعقد دون حط الكل ، لئلا يكون بيعا بلا ثمن ، فصار تمليكا مبتدأ كالهبة وسيأتى أن الزيادة تلتحق فيرابح على الأصل والزيادة وفى المحيط : شراه ثم خرج عن ملكه ، ثم عاد إن عاد قديم ملكه كرجوع فى هبة ، أو بخيار شرط ، أو رؤية أو عيب ، أو إقالة يرابح بما اشترى لانفساخ العقد ، كأن لم يكن لا إن عاد بسبب جديد كهبة وإرث وتمامه فى البحر (قوله أى جاز أن يرابح(١))

---

(١) قوله (أى جاز أن يرابح) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح التى بيدى : أى جاز أن يبيع مرابحة والمآل واحد اه مصححه .

(سيد شرى من) مكاتبه أو (مأذونه) ولو (المستغرق دينه لرقبته) فاعتبار هذا القيد لتحقيق الشراء فغير المديون بالأولى (على ماشرى المأذون كعكسه) نفيا للتهمة وكذا كل من لا تقبل شهادته له كأصله وفرعه ولو بين ذلك رابح على شراء نفسه ابن كمال (ولو كان مضاربا) معه عشرة (بالنصف) اشترى بها ثوبا وباعه من رب المال بخمسة عشر (باع) الثوب (مرابحة رب المال باثنى عشر ونصف) لأن نصف الربح ملكه

الأقعد فى التعبير : أى إذا أراد أن يرابح سيد الخ وجب عليه أن يرابح على ما اشترى العبد لأن المرابحة على ذلك واجبة لا جائزة ط وكأن الشارح نظر إلى بيان صحتها فعبر بالجواز تبعا للدرر فافهم (قوله من مكاتبه) أو مدبره نهر (قوله فاعتبار هذا القيد) أى بالنظر إلى مجرد عبارة المتن قال فى النهر : ثم كونه مديونا بما يحيط برقبته صرح به محمد فى الجامع الصغير عن الإمام ، ومن المشايخ من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد ، وتبعه المصنف وشمس الأئمة فى المبسوط ، لم يذكر الدين أصلا قال فى العناية : والحق ذكره لأنه إذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع ، والتحقيق أن ذكره وعدمه سواء بالنظر إلى المرابحة لأنها إذا لم تجز مع الدين فمع عدمه أولى ، وأما بالنظر إلى صحة العقد وعدمه(١) فله فائدة والباب لم يعقد إلا للمرابحة فصنيع شمس الأئمة أقعد اه (قوله على ما شرى المأذون) متعلق بقوله رابح وصورته كما فى الكنز اشترى المأذون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه على عشرة (قوله كعكسه) وهو ما إذا باع المولى للعبد (قوله نفيا للتهمة) لأن الحاصل للعبد لم يخل عن حق المولى ، ولذا كان له أن يستبقى ما فى يده ، ويقضى دينه ، وكذا فى كسب المكاتب ، ويصير ذلك الحق له حقيقة بعجزه فصار كأنه باع واشترى ملك لنفسه من نفسه فاعتبر عدما فى حكم المرابحة نفيا للتهمة نهر (قوله كأصله وفرعه) وأحد الزوجين وأحد المتفاوضين عنده وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب بحر (قوله ولو بين ذلك) أى بين أن أحد هؤلاء اشتراه بعشرة ثم اشتراه هو منه بخمسة عشر :

مطلب اشترى من شريكه سلعة

[تنبيه] فى الفتح : اشترى من شريكه سلعة ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ، ولا يبين ولو من شركتهما يبيع نصيب شريكه على ضمانه فى الشراء الثانى ، ونصيب نفسه على ضمانه فى الشراء الأول ، لجواز كونها شريت بألف من شركتهما فاشتراها منه بألف ومائتين ، فإنه يرابح على ألف ومائة ، لأن نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمسمائة فيبيعها على ذلك اه (قوله بالنصف) أى بنصف الربح له ، والباقى لرب المال وهو متعلق بقوله : مضاربا فكان الأوضح تقديمه على قوله معه عشرة كما قاله ح (قوله باع مرابحة رب المال باثنى عشر ونصف) هذا فى خصوص هذا المثال صحيح والتفصيل ما ذكره فى مضاربة البحر عن المحيط ، من أنه على أربعة أقسام : الأول : أن لا يكون فى قيمة المبيع ، ولا فى الثمن فضل على رأس المال ، بأن كان رأس المال ألفا فاشترى منها المضارب عبدا بخمسمائة قيمته ألف ، وباعه من رب المال بألف ، فإن رب المال يرابح على ما اشترى به المضارب الثانى : أن يكون الفضل فى قيمة المبيع دون الثمن فإنه كالأول . الثالث : أن يكون فيهما ، فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب ، وحصة المضارب . الرابع : أن يكون الفضل فى الثمن فقط وهو كالثالث اه ح : ولا يخفى أن مثال الشارح يحتمل كونه من الثالث أو الرابع لصدقه على كون قيمة الثوب عشرة

---

(١) قوله (وعدمه) هكذا بخطه ، ولعل الأولى وعدمها أى صحة العقد كما لايخفى اه مصححه .

وكذا عكسه كما سيجىء فى بابه وتحقيقه فى النهر يرابح مريدها (بلا بيان) أى من غير بيان (أنه اشتراه سليما) أما بيان لفس العيب فواجب (فتعيب عنده بالتعيب) بآفة سماوية أو بصنع المبيع

كرأس المال أو أكثر ، فلذا كان له أن يرابح على ما اشترى به المضارب ، وهو عشرة وعلى حصة المضارب من الربح وهو درهمان ونصف دون حصة رب المال ، لأنها سلمت له ، ولم تخرج عن ملكه :

ثم اعلم أن المصنف لم يسبق منه تمثيل المسألة بالشراء بالعشرة والبيع بالخمسة عشر ، حتى يظهر قوله باثنى عشر ونصف وهذا وإن وقع فى عبارة الكنز كذلك ، لكنه صور المسألة قبله فى مسئلة المأذون كما قدمناه، ولذا أوضح الشارح عبارة المصنف فى أثناء تقرير المتن بذكر المثال (قوله وكذا عكسه) وهو ما إذا كان البائع رب المال ، وهذا أيضا على أربعة أقسام ، قسمان : لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى به رب المال ، وهما إذا كان لافضل فى الثمن ، وقيمة المبيع على رأس المال كما لو اشترى المضارب من رب المال بألف المضاربة عبدا قيمته ألف وكان قد اشتراه رب المال بنصف ألف أو لا فضل فى قيمة المبيع فقط ، بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألف ، وباعه من المضارب بألفين ، وقسمان يرابح على ما اشترى به رب المال ، وحصة المضارب : هما إذا كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين ، بعدما عمل المضارب فى ألف المضاربة ، وربح فيها ألفا فإنه يرابح على ألف وخمسمائة أو كان فى قيمة العبد فقط ، بأن كان العبد يساوى ألفا وخمسمائة ، فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب على ألف ومائتين وخمسين كذا فى البحر عن المحيط أهـ ح وبه ظهر أن قول الشارح ، وكذا عكسه أراد به القسمين الأخيرين (قوله كما سيجىء فى بابه) وهو باب المضارب يضارب ط (قوله وتحقيقه فى النهر) حاصله : أنه ذكر فى مضاربة الكنز تبعا للهداية أنه لو اشترى المضارب من المالك بألف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه اه فاعتبر أقل الثمنين ، وقال الزيلعى هناك ، ولو بالعكس أى بأن اشترى رب المال بألف من المضارب عبدا مشترى بنصفه رابح بنصفه أيضا ، فصورة العكس هناك مفروضة فى شراء رب المال من المضارب ، وهى مسألة المتون هنا فما ذكره الزيلعى هناك مخالف لما صرح به نفسه هنا ، من أنه يضم حصة المضارب ، وذكر فى السراج أنه يضم حصة المضارب فى صورة الأصل ، وصورة العكس ، وقد وفق فى البحر بين كلامى الزيلعى بتوفيق رده فى النهر وقال إن ما فى السراج مخالف لصريح الرواية المصرح بها فى كتاب المضاربة ، وما ذكره الزيلعى من أن رب المال لا يضم حصة المضارب محمول على رواية وذكر أن الجواب الحق ما فى مضاربة البحر ، من أن صورة العكس التى ذكرها الزيلعى هناك هى القسم الأول من كلام المحيط ، فلم يكن فيه مخالفة لما ذكره فى المرابحة أنه يضم حصة المضارب ؛ لأنه القسم الثالث أو الرابع من كلام المحيط اه ما فى مضاربة البحر ملخصا :

قلت : ولم يتعرض هناك للجواب عما فى السراج ، وقد علمت صحته مما كتبنا على قول الشارح وكذا عكسه وقد أوضحنا هذا المقام بأكثر مما هنا فيما علقناه على البحر (قوله مريدها) أى مريد المرابحة (قوله أى من غير بيان) لا حاجة إلى هذا البيان لوضوحه ط (قوله أما بيان نفس العيب فواجب) لأن الغش حرام إلا فى مسألتين كما قدمه آخر خيار العيب وقدمر الكلام على ذلك (قوله فتعيب عنده) أما لو وجد بالمبيع عيبا فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذى اشتراه به ، لأن الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة ، كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية ، وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار بحر عن الفتح (قوله بالتعيب) مصدر تعيب صار معيبا بلا صنع أحد ، ويلحق

(ووطئ الثيب ولم ينقصها الوطء) كقرض فأر وحرق نار للثوب المشترى . وقال أبو يوسف وزفر والثلاثة لابد من بيانه قال أبو الليث : وبه نأخذ ورجحه الكمال وأقره المصنف (و) يربح ببيان (بالتعييب) ولو بفعل غيره بغير أمره وإن لم يأخذ الأرش و قيد أخذه فى الهداية وغيرها اتفاقى فتح (ووطء البكر كتكسره) بنشره وطيه لصيرورة الأوصاف مقصودة بالإتلاف ولذا قال ولم ينقصها الوطء (اشتراه بألف نسيئة وباع بربح مائة بلا بيان

به ما إذا كان بصنع المبيع ، وشمل ما إذا كان نقصان العيب يسيرا أو كثيرا وعن محمد لو نقص قدرا لايتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان ودل كلامه أنه لو نقص بتغير السعر بأمر الله تعالى لا يلزمه البيان بالأولى بحر (قوله ووطىء الثيب) بصيغة الفعل الماضى عطفا على قوله : اشتراه أو بصيغة المصدر عطفا على أنه اشتراه (قوله كقرض فأر وحرق نار) الأولى ذكرهما بعد قوله بآفة سماوية اهـ ح وقرض بالقاف وذكره أبو اليسر بالفاء فتح والذى فى القاموس والمصباح الأول (قوله المشترى) بصيغة المفعول نعت للثوب (قوله لا بد من بيانه) أى بيان أنه تعيب عنده بالتعيب (قوله ورجحه الكمال) نعم رجحه أولا بقوله واختياره وهذا حسن ، لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهاما للمشترى ، أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطيطة اهـ لكنه قال بعده ، لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لايجب عليه أن يبين أنه اشتراه فى حال غلائه ، وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ إلزام قوى اهـ نعم أجاب فى النهر بقوله : وقد يفرق بأن الإيهام فيما ذكر ضعيف لايعول عليه ، بخلاف ما لو اعورت الجارية فرابحه على ثمنها فإنه قوى جدا فلم يغتفر اهـ .

قلت : وفيه كلام فقد يكون تفاوت السعرين أفحش من التفاوت بالعيب والكلام حيث لا علم للمشترى بكل ذلك ، والأحسن الجواب بأن ذلك مجرد وصف لايقابله شىء من الثمن بخلاف الفائت بعور الجارية ، وقرض الفأر ونحوه ، فإنه جزء من المبيع ، ولا يرد ما اشتراه بأجل ، فإنه لا يرابح بلا بيان كما يأتى لقولهم : الأجل يقابله جزء من الثمن عادة ، فيكون كالجزء فيلزمه البيان (قوله وأقره المصنف) وكذا شيخه فى بحره والمقدسى (قوله بالتعييب) مصدر عيبه إذا أحدث به عيبا بحر (قوله ولو بفعل غيره الخ) دخل فيه ما إذا كان بفعله بالأولى وكذا ما إذا كان بفعل غيره بأمره ، واحترز به عما إذا كان بفعل المبيع فانه ملحق بالآفة السماوية كما مر ، لأن المرابح لم يكن حابسا شيئا (قوله وإن لم يأخذ الأرش) لتحقق وجوب الضمان فتح (قوله ووطء البكر) لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فتح (قوله كتكسر(١)) أى تكسر الثوب (قوله لصيرورة الأوصاف مقصودة بالاتلاف) أى فتخرج عن التبعة بالقصدية ، فوجب اعتبارها ، فتتقابل ببعض الثمن فتح وهذا علة لقوله ببيان بالتعييب (قوله ولذا قال الخ) أى فإنه يفهم منه أن الثيب لو نقصها الوطء يلزمه البيان ، لأنه صار مقصودا بالاتلاف (قوله اشتراه بألف نسيئة) أفاد أن الأجل مشروط فى العقد ، فإن لم يكن ، ولكنه كان معتاد التنجيم ، قيل لا بد من بيانه ، لأن المعروف كالمشروط ، وقيل لا يلزمه البيان وهو قول الجمهور كما فى الزيلعى نهر وينبغى ترجيح الأول ، لأنها مبنية على الأمانة ، والاحتراز عن شبهة الخيانة وعلى كل من القولين لولم يكن مشروطا ولا معروفا ، وإنما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه بحر قال فى النهر لما مر : من أن الأصح أنهما لو

---

(١) قوله (كتكسر الخ) هكذا بخطه من غير ضمير والذى فى نسخ الشارح : كتكسره بالضمير وهو الأنسب بقوله أى تكسر الثوب اهـ مصححه .

خير المشترى فإن تلف) المبيع بتعيب أو تعييب (فعلم) بالأجل (لزمه كل الثمن حالا وكذا) حكم (التولية) فى جميع مامر وقال أبو جعفر : المختار للفتوى الرجوع بفضل مابين الحال والمؤجل بحر ومصنف (ولى رجلا شيئا) أى باعه تولية (بما قام عليه أو بما اشتراه) به (ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فسد) البيع لجهالة الثمن (وكذا) حكم (المرابحة وخير) المشترى بين أخذه وتركه (لو علم فى مجلسه) وإلا بطل .

(و) اعلم أنه (لارد بغبن فاحش)

ألحقا به شرطا لايلتحق بأصل العقد ، فيكون تأجيلا مستأنفا ، وعلى القول بأنه يلتحق ينبغى أن يلزمه البيان اه (قوله خير المشترى) أى بين رده ، وأخذه بألف ومائة حالة ، لأن للأجل شبها بالمبيع . ألا ترى أنه يزاد فى الثمن لأجله ، والشبهة ملحقة بالحقيقة ، فصار كأنه اشترى شيئين بالألف ، وباع أحدهما بها على وجه المرابحة ، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعا حقيقة ، وإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة فتح (قوله لزم كل الثمن(١) حالا) لأن الأجل فى نفسه ليس بمال ، فلا يقابله شىء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصدا ، ويزاد فى الثمن لأجله إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن قصدا ، فاعتبر مالا فى المرابحة احترازا عن شبهة الخيانة ، ولم يعتبر مالا فى حق الرجوع عملا بالحقيقة بحر (قوله فى جميع ما مر) أى لا كما وقع فى الزيلعى والفتح من إرجاعه إلى المسألة التى قبله وهو بحث للبحر حيث قال : وينبغى أن يعود قوله وكذا التولية إلى جميع ماذكره للمرابحة ، فلابد من البيان فى التولية أيضا فى التعييب ووطء البكر وبدونه فى التعيب ، ووطء الثيب (قوله وقال أبو جعفر الخ) عبر عنه فى الفتح بقيل حيث قال : وقيل تقوم بثمن حال ومؤجل ، فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندوانى اه .

قلت : وينبغى على قول أبى جعفر أن يرجع بالأولى فيما إذا ظهرت خيانة فى مرابحة لأن الأجل لا يقابله شىء من الثمن حقيقة تأمل (قوله بحر ومصنف) ومثله فى الزيلعى معللا بالتعارف (قوله وخير الخ) لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد ، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس ، ونظيره بيع الشىء برقمه إذا علم فى المجلس ، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله ، لعدم العلم كما فى خيار الرؤية . وظاهر كلام المصنف وغيره : أن هذا العقد ينعقد فاسدا بعرضية الصحة ، وهو الصحيح ، خلافا للمروى عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد كذا فى الفتح ، وينبغى أن تظهر الثمرة فى حرمة مباشرته فعلى الصحيح يحرم وعلى الضعيف لا بحر (قوله وإلا بطل) أى تقرر فساده ط .

[تتمة] فى الظهيرية : اشتراه بأكثر من ثمنه مما لايتغابن الناس فيه ، وهو يعلم لا يرابح بلا بيان ، وكذا لو اشترى بالدين من مدينه ، وهو لا يشترى بمثل الثمن من غيره فلو يشترى بمثله له أن يرابح ، سواء أخذه بلفظ الشراء أو الصلح . وفى ظاهر الرواية يفرق بينهما بأن مبنى الصلح على الحط والتجوز بدون الحق ، ومبنى الشراء على الاستقصاء اه ملخصا .

مطلب فى الكلام على الرد بالغبن الفاحش

(قوله لا رد بغبن فاحش) فى البحر عن المصباح : غبنه فى البيع والشراء غبنا من باب ضرب ، مثل غبنه فانغبن وغبنه أى نقصه ، وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون أى منقوص فى الثمن ، أو غيره ، والغبينة اسم منه

---

(١) قوله (لزم كل الثمن الخ) كذا بخطه بدون ضمير ، والذى فى النسخ : لزمه بالضمير فليحرر اه مصححه .

هو مالايدخل تحت تقويم المقومين (فى ظاهر الرواية) وبه أفتى بعضهم مطلقا كما فى القنية ثم رقم وقال (ويفتى بالرد) رفقا بالناس وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى ثم رقم وقال (إن غره) أى غر المشترى البائع أو بالعكس أو غره الدلال فله الرد (وإلا لا) وبه أفتى صدر الإسلام وغيره ثم قال (وتصرفه فى بعض المبيع) قبل علمه بالغبن (غير مانع منه) فيرد مثل ما أتلفه ويرجع بكل الثمن على الصواب اه ملخصا بقى مالو كان قيميا لم أره ؛

(قوله هو مالا يدخل تحت تقويم المقومين) هو الصحيح كما فى البحر ، وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلا ، ثم إن بعض المقومين يقول إنه يساوى خمسة ، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة فهذا غبن فاحش ، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال بعضهم : ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم : عشرة فهذا غبن يسير (قوله وبه أفتى بعضهم مطلقا) أى سواء كان الغبن بسبب التغرير أو بدونه لكن هذا الإطلاق لم يذكره فى القنية ، وإنما حكى فى القنية الأقوال الثلاثة ، فيفهم منه أن هذا غير مقيد بالتغرير أو بدونه ، ولكن نقل فى الفتح أن الإمام علاء الدين السمر قندى ذكر فى تحفة الفقهاء : أن أصحابنا يقولون فى المغبون : إنه لا يرد لكن هذا فى مغبون لم يغر أما فى مغبون غر يكون له حق الرد استدلالا بمسألة المرابحة اه أى بمسألة ما إذا خان فى المرابحة فإن ذلك تغرير يثبت به الرد (قوله ويفتى بالرد) ظاهره الاطلاق : أى سواء غره أولا بقرينة القول الثالث (قوله أو غره الدلال) قال الرملى : مفهومه أنه لو غره رجل أجنبى غير الدلال لايثبت له الرد ، بقى ما لو غر المشترى البائع فى العقار فأخذه الشفيع هل للبائع أن يسترد منه ينبغى عدمه ، لأنه لم يغره وإنما غره المشترى ، وتمامه فى حاشيته على البحر (قوله وبه أفتى صدر الإسلام وغيره) وهو الصحيح كما يأتى وظاهر كلامهم أن الخلاف حقيقى ، ولو قيل إنه لفظى ، ويحمل القولان المطلقان على القول المفصل ، لكان حسنا ويدل عليه حمل صاحب التحفة المتقدم ط .

قلت : ويؤيده أيضا عدم التصريح بالإطلاق فى القولين الأولين ، وحيث كان ظاهر الرواية محمولا على هذا القول المفصل ، يكون هو ظاهر الرواية إذ لم يذكروا أن ظاهر الرواية عدم الرد مطلقا ، حتى ينافى التفصيل ، فلذا جزم فى التحفة بحمله على التفصيل ، وحينئذ لم يبق لنا إلا قول واحد هو المصرح بأنه ظاهر الرواية ، وبأنه المذهب وبأنه المفتى به وبأنه الصحيح ، فمن أفتى فى زماننا بالرد مطلقا فقد أخطأ خطأ فاحشا لما علمت من أن التفصيل هو المصحح المفتى به ، ولا سيما بعد التوفيق المذكور ، وقد أوضحت ذلك بما لا مزيد عليه فى رسالة سميتها [تحبير التحرير فى إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير] (قوله فيرد مثل ما أتلفه) أى مع رد الباقى كما فى القنية ، ونصها قال الغزال : لا معرفة لى بالغزل ، فأتنى بغزل أشتريه فأتى رجل بغزل لهذا الغزال(١) ولم يعلم به المشترى ، فجعل نفسه دلالا بينهما واشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل ، وصرف المشترى بعضه إلى حاجته ، ثم علم بالغبن وبما صنع ، فله أن يرد الباقى بحصته من الثمن قال رضى الله عنه : والثواب أن يرد الباقى ومثل ما صرف فى حاجته ، ويسترد جميع الثمن كمن اشترى بيتا مملوءا من بر فإذا فيه دكان عظيم فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل إنفاق شىء منه وبعده يرد الباقى ، ومثل ما أنفق ويسترد الثمن كذا ذكره أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى اه (قوله بقى ما لو كان قيميا) أى وتصرف ببعضه فهل يرجع بقدر ما غبن فيه أولا يرجع ، أو يرد الباقى ،

---

(١) قوله (فأتى رجل بغزل لهذا الغزال) : أى بغزل مملوك لهذا الغزال .

وحاصله : أن الغزال دفع غزله لرجل ثم جعل نفسه دلالا بين الطالب والرجل واشترى الطالب الغزل من الرجل بزيادة ثم تصرف المشترى أى من له الشراء حقيقة فى بعض الغزل ثم علم بالغبن وبأن الغزال هو صاحب الغزل وأنه فعل ذلك تغريرا بالطالب اه .

قلت : وبالأخير جزم الإمام علاء الدين السمر قندى فى تحفة الفقهاء وصححه الزيلعى وغيره وفى كفالة الأشباه عن بيوع الخانية من فصل الغرور : الغرور لايوجب الرجوع إلا فى ثلاث منها : هذه، وضابطها أن يكون فى عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة ، فلو هلكا ثم استحقا رجع على الدافع بما ضمنه ولارجوع في عارية وهبة لكون القبض لنفسه .

ويضمن قيمة مانصرف به، ووجه التوقف أن ماذكره فى القنية مفروض فى المثلى ، لأن الغزل مثلى كما هو صريح كلام القنية المذكور آنفا وكذا صرح فى الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين : بأنه مثلى ، وفى التتارخانية عن المنتقى : ولا يصح ببيع غزل قطن لين بغزل قطن خشن إلا مثلا بمثل لأن القطن سواء اه فحيث كان المنقول هنا فى المثلى لم يعلم حكم القيمى فافهم .

ثم اعلم أن ماقدمناه عن المنح عن تحفة الفقهاء من أن المغبون إذ غر له الرد استدلالا بمسألة المرابحة يفيد أن خيار التغرير فى حكم خيار الخيانة فى المرابحة ، وقد مر فى المتن والشرح أنه لو هلك المبيع أو استهلكه فى المرابحة قبل رده أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن المسمى ، وسقط خياره وذكرنا هناك أن مقتضى قوله : أو حدث به الخ أنه لو هلك البعض أو استهلكه له رد الباقى إلا فى نحو الثوب الواحد الخ والظاهر أن هنا كذلك فتأمل (قوله قلت وبالأخير إلى قوله وغيره) الأولى ذكر هذا عند قوله، وبه أفتى صدر الإسلام وغيره اه ح :

مطلب الغرور لا يوجب الرجوع إلا فى ثلاث مسائل

(قوله وفى كفالة الأشباه الخ) حيث قال : الغرور لايوجب الرجوع ، فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه اللصوص ، أو قال : كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم ، فأكله ومات لم يضمن ، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ، ثم ظهر أنها مملوكة فلارجوع بقيمة الولد على المخبر إلا فى ثلاث مسائل الأولى : إذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ، ثم استحقت فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد . الثانية : أن يكون فى ضمن عقد معاوضه ، فيرجع المشترى على البائع بقيمة الولد إذا استحقت بعد الاستيلاد ويرجع بقيمة البناء ، لو بنى المشترى ، ثم استحقت الدار بعد أن يسلم البناء وإذا قال الأب لأهل السوق : بايعوا ابنى فقد أذنت له فى التجارة ، فظهر أنه ابن غيره رجعوا عليه للغرور ، وكذا لو قال بايعوا عبدى فقد أذنت له فبايعوه ولحقه دين ثم ظهر أنه عبد لغيره رجعوا عليه إن كان الأب حرا وإلا فبعد العتق ، وكذا لو ظهر حرا أومدبرا أومكاتبا ولابد فى الرجوع من إضافته إليه والأمر بمبايعته كذا فى السراج الوهاج . الثالثة : أن يكون فى عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة ، فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة ، ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه ، وكذا من كان بمعناهما وفى عارية وهبة لارجوع لأن القبض كان لنفسه وتمامه فى الخانية من فصل الغرور من البيوع اه :

قلت : وعبر فى الخانية فى الثالثة بالقبض بدل العقد ، وهو الصواب فتدبر (قوله إلا فى ثلاث) زاد فى نور العين مسألة رابعة وهى ماإذا ضمن الغار صفة السلامة ، كما إذا قال اسلك هذا الطريق ، فإنه آمن وإن أخذ مالك فأنا ضامن فإنه يضمن كما سيذكره المصنف آخر الكفالة عن الدرر (قوله منها هذه) أى مسألة المتن وهى داخلة تحت الثانية الآتية (قوله وضابطها) أى الثلاث المستثناة (قوله أن يكون فى عقد) صوابه فى قبض كما قدمناه عن الخانية لأن مسألة العقد تأتى بعد تأمل (قوله رجع) أى الشخص الذى هو المودع أو المستأجر على الدافع لأنه غره بأنه أودعه أو أجره ملكه (قوله لكون القبض لنفسه) أى نفس المستعير أو الموهوب له ، فكان

الثانية : أن يكون فى ضمن عقد معاوضة كبايعوا عبدى أوابنى فقد أذنت له ثم ظهر حرا أو ابن الغير رجعوا عليه للغرور وإن كان الأب حرا وإلا فبعد العتق وهذا إن أضافه إليه وأمر بمبايعته ومنه لو بنى المشترى أو استولد ثم استحقا رجع على البائع بقيمة البناء والولد ومنه مايأتى فى باب الاستحقاق اشترنى فأنا عبد ارتهنى :

الثالثة : إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت رجع على المخبر بقيمة الولد المستحق وسيجىء آخر الدعوى :

[فرع] هل ينتقل الرد بالتغرير إلى الوارث استظهر المصنف لا لتصريحهم بأن الحقوق المجردة لاتورث :

قلت : وفى حاشية الأشباه لابن المصنف وبه أفتى شيخنا العلامة على المقدسى مفتى مصر :

هو المنتفع بالقبض دون المعير أو الواهب (قوله أن يكون فى ضمن عقد معاوضة) من بيع صحيح أو فاسد ، وأخرج به عقود التبرعات كالهبة والصدقة ، فإن الغرور لايثبت الرجوع فيها ط عن البيرى ، وكذا أخرج الرهن لأنه عقدوثيقة لامعاوضة ، كما يأتى وفى البيرى عن المبسوط : إن الغرور فى عقد المعاوضات يثبت الرجوع ، لأن العقد يستحق صفة السلامة من العيب ، ولا عيب فوق الاستحقاق فأما بعقد التبرع فلأن الموهوب له لايستحق الموهوب بصفة السلامة (قوله كبايعوا عبدى الخ) أى فيكون ضامنا للدرك فيما يثبت لهم على العبد فى عقد المبايعة لحصول التغرير فى هذا العقد كما يأتى تقريره ، وبه اندفع ماقيل إن التغرير لم يوجد فى ضمن عقد المعاوضة (قوله ثم ظهر حرا أو ابن الغير) لف ونشر مرتب (قوله إن كان الأب حرا) الأولى مافى بعض نسخ الأشباه إن كان الآذن حرا لشموله للمولى والأب : أى الأب صورة لاحقيقة ، وهذا القيد لشىء مقدر في قوله رجعوا عليه أى فى الحال بقرينة قوله وإلا فبعد العتق (قوله وهذا) أى الرجوع شرطه شيآن أن يضيف العبد أو الابن إلى نفسه ، وأمرهم بمبايعته فيضمن الأقل من قيمته ومن الدين كما فى البيرى عن مختصر المحيط (قوله ومنه) أى من التغرير فى ضمن عقد المعاوضة (قوله اشترنى فأنا عبدارتهنى) صوابه : بخلاف ارتهنى أى لو قال العبد : اشترنى فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة أى يدرى مكانه لايرجع على العبد بما قبضه البائع للتمكن من الرجوع على القابض ، وإن كان لايدرى أين هو رجع المشترى على العبد ورجع العبد على بائعه بمارجع به عليه وإنما يرجع مع أن البائع لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر فى أدائه بخلاف من أدى عن آخر دينا بلا أمره والتقييد بقوله : اشترنى فأنا عبد ، لأنه لو قال أنا عبد ولم يأمره بالشراء أو قال : اشترنى ولم يقل فأنا عبد لايرجع عليه بشىء ولو قال : ارتهنى فأنا عبد الراهن لم يرجع على العبد ، ولو الراهن غائبا فى ظاهر الرواية عنهم وعن أبى يوسف لايرجع فى البيع والرهن ، لأن الرجوع بالمعاوضة وهى المبايعة هنا أو بالكفالة ، ولم يوجدا هنا بل وجد مجرد الأخبار كاذبا فصار كما لو قال أجنبى لشخص ذلك ولهما أن المشترى شرع فى الشراء معتمدا على أمره وإقراره ، فكان مغرورا من جهته والتغرير فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض يحصل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الإمكان ، فكان بتغريره ضامنا لدرك الثمن له عند تعذررجوعه على البائع كالمولى إذا قال لأهل السوق بايعوا عبدى فأنى أذنت له ، ثم ظهر استحقاق العبد فإنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ، ويجعل المولى بذلك ضامنا لدرك ماذاب عليه دفعا للغرور عن الناس ، بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه ولو كان عقد معاوضة كان استبدالا به قبل قبضه وهو حرام وبخلاف الأجنبى فإنه لايعبأ بقوله فالرجل هو الذى اغتر اه ملخصا من الفتح فى أول باب الاستحقاق (قوله كما لو زوجه امرأة على أنها حرة) أى بأن كان وليا أو وكيلا عنها ، وهذا بخلاف ما إذا أخبره بأنها حرة فتزوجها كما مر فى عبارة الأشباه (قوله استظهر المصنف لا) حيث قال : ولم أطلع فى كلامهم على مالو مات من ثبت

قلت : وقدمناه فى خيار الشرط معزيا للدرر لكن ذكر المصنف فى شرح منظومته الفقهية مايخالفه ومال إلى أنه يورث كخيار العيب ونقله عنه ابنه فى كتابه معونة المفتى فى كتاب الفرائض وأيده بما فى بحث القول فى الملك من الأشباه قبيل التاسعة أن الوارث يرد بالعيب ويصير مغرورا بخلاف الوصى فتأمل وقدمنا عن الخانية أنه متى عاين مايعرف بالعيان انتفى الغرر فتدبر

فى حقه التغرير ، هل ينتقل الحق فيه إلى وارثه حتى يملك الرد كما فى خيار العيب أو لا كما فى خيار الرؤية والشرط لكن الظاهر عندى الثانى وقواعدهم شاهدة به ، فقد صرحوا بأن الحقوق المجردة لا تورث ، وأما خيار العيب فإنما يثبت فيه حق الرد للوارث باعتبار أن الوارث ملكه سليما فإذا ظهر فيه على عيب رده ، وليس ذلك بطريق الإرث ، كما يفيده كلامهم ، وتعليلهم عدم ثبوت الخيار للوارث فى خيار الرؤية والشرط بأنه ليس إلا مشيئة وإرادة ، فلا يتصور انتقاله إلى الوارث ، وهكذا عرضته على بعض الأعيان من أصحابنا فارتضاه وأفتى بموجبه اه ،

قلت : ويؤيده مابحثه فى البحر من أن خيار ظهور الخيانة لايورث مستندا لذلك بما مر من أنه لو هلك المبيع لزمه جميع الثمن ، وعللوه بأنه مجرد خيار لا يقابله شىء من الثمن كخيار الرؤية والشرط الخ ماقدمناه هناك ، وفى مجموعة السائحانى بخطه ، وأجاد المصنف بالاستشهاد بخيار الشرط ،لأن الكل لدفع الخداع ، فإذا كان خيار الشرط الملفوظ به لايورث فكيف غير الملفوظ مع كونه مختلفا فيه اه (قوله قلت وقدمناه الخ) قدمنا هناك أن ذلك لم يذكره فى الدرر ، بل ذكره المصنف هناك أيضا ، وقدمنا أيضا أن الخير الرملى نقل عن العلامة المقدسى أنه قال : والذى أميل إليه أنه مثل خيار العيب يعنى فيورث اه وهذا خلاف ماعزاه الشارح إلى حاشية ابن المصنف عن المقدسى ،وقدمنا أيضا أن الخير الرملى وافق المقدسى فى أنه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كشراء عبد على أنه خباز ،وقال : إنه به أشبه لأنه اشتراه على قول البائع فكان شارطا له اقتضاء وصفا مرغوبا فيه فبان بخلافه اه وقدمنا هناك ترجيح مابحثه المصنف من أنه لايورث كخيار ظهور الخيانة فى المرابحة وأنه به أشبه فراجعه فافهم (قوله ومال إلى أنه يورث) المراد بالإرث انتقاله إلى الوارث بطريق الخلفية لا بطريق الإرث حقيقة ، كما علم مما نقلناه من عبارة المصنف فى المنح وحققناه فى باب خيار الشرط وعلمت ترجيح مابحثه المصنف أولا (قوله قبيل التاسعة) صوابه قبيل العاشرة (قوله ويصير مغرورا) عبارة الأشباه : ثم اعلم أن ملك الوارث بطريق الخلافة عن الميت ، فهو قائم مقامه كأنه حى فيرد المبيع بعيب ويرد عليه ، ويصير مغرورا بالجارية التى اشتراها الميت الخ :

قلت : ومعناه أن الوارث لو استولد الجارية ثم استحقت ، فالولد حر بالقيمة لكونه وطئها بناء على أنها ملكه فيرجع بما ضمن على بائع مورثه كما لو استولدها المورث ، وأنت خبير بأن هذا لايدل على أنه يثبت له خيار الرد بالتغرير فيما إذا اشترى مورثه شيئا بغبن فاحش بتغرير البائع ، لأنه مجرد خيار لايقابله شىء من الثمن بخلاف ثبوت حرية ولده فإنه ليس بخيار فهذا تأييد بما لايفيد فافهم (قوله وقدمنا) أى قبيل باب خيار الرؤية (قوله انتفى الغرر) كما لو اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من السمن ، وتقابضا والمشترى ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ، ولا خيار للمشترى وهو نظير مالو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن ، ثم ظهر أنه اتخذ بأقل من ذلك والمشترى كان ينظر إلى الصابون وقت الشراء جاز البيع من غير خيار ظهيرية .

قلت : وكون ذلك مما يعرف بالعيان غير ظاهر فليتأمل وقدمنا تمامه هناك والله سبحانه أعلم :

فصل فى التصرف فى المبيع والثمن قبل القبض والزيادة

والحط فيهما وتأجيل الديون

(صح بيع عقار لايخشى هلاكه قبل قبضه) من بائعه لعدم الغرر لندرة هلاك العقار، حتى لو كان علوا أو على شط نهر ونحوه كان كمنقول ف (لا) يصح اتفاقا كـكتابة وإجارة و (بيع منقول) قبل قبضه ولو من بائعه كماسيجىء (بخلاف) عتقه وتدبيره و (هبته والتصدق به وإقراضه) ورهنه وإعارته

فصل فى التصرف فى المبيع والثمن الخ

أوردها فى فصل على حدة، لأنها ليست من المرابحة غير أن صحتها لما توقفت على القبض كان لها ارتباط بالتصرف بالبيع قبل القبض والباقى استطراد نهر (قوله صح بيع عقار الخ) أى عندهما وقال محمد: لايجوز وعبر بالصحة دون النفاذ واللزوم، لأنهما موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع، وإلا فللبائع إبطاله أى إبطال بيع المشترى، وكذا كل تصرف يقبل النقض إذا فعله المشترى قبل القبض، أو بعده بغير إذن البائع فللبائع إبطاله بخلاف مالايقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد بحر، وقوله: أو بعده بغير إذن البائع الجار والمجرور متعلق بالضمير العائد على القبض أى بعد القبض الواقع، بلا إذنه لأن قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير معتبر، لأن له استرداده وحبسه إلى قبض الثمن، وقيد بالبيع لأنه لو اشترى عقارا فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل كما فى البحر عن الخانية: أى لحصول القبض بقبض الموهوب له كما يأتى واحترز به عن الإجارة فإنها لاتصح كما يأتى (قوله من بائعه) متعلق بقبض لاببيع، لأن بيعه من بائعه قبل قبضه فاسد كما فى المنقول ويراجع ط (قوله لعدم الغرر) أى غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك، وعلله بقوله لندرة هلاك العقار ط (قوله حتى لو كان الخ) تفريع على مفهوم قوله لايخشى هلاكه (قوله ونحوه) بأن كان فى موضع لايؤمن أن تغلب عليه الرمال ح عن النهر ومثله فى الفتح (قوله كان كمنقول) أى بمنزلته من حيث لحوق الغرر بهلاكه (قوله كـكتابة) قال فى الجوهرة وفى الكتابة يحتمل أن يقال: لا تجوز لأنها عقد مبادلة كالبيع، ويحتمل أن يقال: تجوز لأنها أوسع من البيع جوازا اهـ لكن قال الزيلعى: ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته، وكان للبائع حبسه بالثمن، لأن الكتابة محتملة للفسخ، فلم تنفذ فى حق البائع نظرا له وإن نقد الثمن نفذت لزوال المانع اهـ.

قال فى البحر: ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف كما قدمناه اهـ وبه علم أن الكتابة تصح لكنها تتوقف فلا يناسب قوله: فلا يصح اتفاقا كما أفاده ح فكان المناسب إسقاطها (قوله وإجارة) أى إجارة العقار فإنها لاتصح اتفاقا وقيل على الخلاف، والصحيح الأول لأن المعقود عليه فى الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر وهو الصحيح كذا فى الفوائد الظهيرية وعليه الفتوى كذا فى الكافى فتح وغيره (قوله وبيع منقول) مجرور بالعطف على كتابة وهو فى عبارة المصنف مرفوع والأولى فى التعبير أن يقول: حتى لو كان علوا أو على شط نهر أو نحوه أو آجره كان كمنقول، ولايصح بيع منقول الخ.

وفى البحر: ودخل فى البيع الإجارة لأنها بيع المنافع أى وهى فى حكم المنقول والصلح لأنه بيع اهـ أى الصلح عن الدين كما فى الفتح، وتعبير النهر بالخلع سبق قلم ثم قال فى البحر: وأراد بالمنقول المبيع المنقول فجاز بيع غيره كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد (قوله ولو من بائعه) مرتبط بقوله وبيع منقول ط (قوله كما سيجىء) أى قريبا فى قول المصنف ولو باعه منه قبله لم يصح ط (قوله بخلاف عتقه وتدبيره) يوهم

(من غير بائعه) فإنه صحيح (على) قول محمد وهو (الأصح) والأصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز ومالا فجائز عيني (و) المنقول (لو وهبه من البائع قبل قبضه فقبله) البائع (انتقض البيع ولو باعه منه قبله لم يصح) هذا البيع ولم ينتقض البيع الأول لأن الهبة مجاز عن الإقالة بخلاف بيعه قبله فإنه باطل مطلقا جوهرة. قلت: وفي المواهب وفسد بيع المنقول قبل قبضه انتهى ونفى الصحة يحتملهما فتدبر

أن فيه خلاف محمد الآتي، وليس كذلك في الجوهرة، وأما الوصية والعتق والتدبير وإقراره بأنها أم ولده يجوز قبل القبض بالإتفاق اه :

وفي البحر: وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز، لأن الغرر لايمنع جوازه بدليل صحة تزويج الآبق ولو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف وهو المختار كما في الولوالجية (قوله غير بائعه) قيد به ليفهم أنه لو كان من بائعه فهو كذلك بالأولى (قوله وهو الأصح) صرح به الزيلعي وغيره خلافا لأبي يوسف (قوله والأصل الخ) قال في الفتح: الأصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والأجرة إذا كانت عينا في الإجارة وبدل الصلح عن الدين إذا كان عينا لايجوز بيع شيء من ذلك، ولا أن يشرك فيه غيره ومالاينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر إذا كان عينا، وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك إذا كان عينا يجوز بيعه وهبته وإجارته قبل قبضه، وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ثم قال محمد كل تصرف لايتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض، فهو جائز لأنه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال: أطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض، ثم قابضا لنفسه اه ملخصا .

قلت: وحيث مشى المصنف على قول محمد كان ينبغي للشارح ذكر الأصل الثاني أيضا، لأنه يظهر مما ذكرنا أن الأصل الأول غير خاص بقول أبي يوسف، إلا أن الشق الأول منه وهو ماينفسخ بهلاك العوض قبل القبض كالبيع والإجارة لايجوز التصرف قبل القبض في عوضه المعين عند أبي يوسف مطلقا، وأجاز محمد فيه كل تصرف لايتم إلا بالقبض كالهبة ونحوها، لأن الهبة لما كانت لاتتم إلا بالقبض صار الموهوب له نائبا عن الواهب، وهو المشتري الذي وهبه المبيع قبل قبضه، ثم يصير قابضا لنفسه فتتم الهبة بعد القبض، بخلاف التصرف الذي يتم قبل القبض كالبيع مثلا، فإنه لايجوز لأنه إذا قبضه المشتري الثاني لايكون قابضا عن الأول لعدم توقف للبيع على القبض فيلزم منه تمليك المبيع قبل قبضه، وهو لايصح لكن يرد على الأصل المذكور العتق والتدبير بأن أعتق أو دبر المبيع قبل قبضه، فقد علمت جوازه اتفاقا مع أنه يتم قبل القبض، وهو تصرف في عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض فليتأمل (قوله فقبله) أي قبل هبته فإن لم يقبلها بطلت والبيع صحيح على حاله جوهرة (قوله لأن الهبة مجاز عن الإقالة) يقال هب لي ديني وأقلني عثرتي، وإنما كان كذلك، لأن قبض البائع لاينوب عن قبض المشتري كما في شرح المجمع (قوله بخلاف بيعه) فإنه لايحتمل المجاز عن الإقالة لأنه ضدها ط عن الشلبي (قوله مطلقا) أي سواء باعه من بائعه أو من غيره ح (قوله قلت الخ) استدراك على قول الجوهرة فإنه باطل (قوله ونفى الصحة) أي الواقع في المتن يحتملهما أي يحتمل البطلان والفساد والظاهر الثاني لأن علة الفساد الغرر كما مر مع وجود ركني البيع وكثيرا مايطلق الباطل على الفاسد أفاده ط .

(اشترى مكيلا بشرط الكيل حرم) أى كره تحريما (بيعه وأكله حتى يكيله) وقد صرحوا بفساده وبأنه لايقال لآكله إنه أكل حراما لعدم التلازم

مطلب فى تصرف البائع فى المبيع قبل القبض

[تتمة] جميع مامر إنما هو فى تصرف المشترى فى المبيع قبل قبضه ، فلو تصرف فيه البائع قبل قبضه ، فإما بأمر المشترى أولا ، فلو بأمره كأن أمره أن يهبه من فلان أو يؤجره ففعل وسلم صح وصار المشترى قابضا ، وكذا لو أعار البائع أو وهب ،أو رهن فأجاز المشترى ولو قال ادفع الثوب إلى فلان يمسكه إلى أن أدفع لك ثمنه فهلك عند فلان لزم البائع ،لأن إمساك فلان لأجل البائع ولو أمره بالبيع فإن قال : بعه لنفسك أو بعه ففعل كان فسخا وإن قال : بعه لى لايجوز وأما تصرفه بلا أمر المشترى كما لو رهن المبيع قبل قبضه ،أو آجره أو أودعه فمات المبيع انفسخ بيعه ولا تضمين ،لأنه لوضمنهم رجعوا على البائع ولو أعاره أو وهبه فمات أو أودعه فاستعمله المودع فمات، فإن شاء المشترى أمضى البيع ، وضمن هؤلاء وإن شاء فسخه ،لأنه لو ضمنهم لم يرجعوا على البائع ولو باعه البائع فمات عند المشترى الثانى فللأول فسخ البيع وله تضمين المشترى الثانى فيرجع بالثمن على البائع إن كان نقده اه ملخصا من البحر عن الخانية : وفى جامع الفصولين : شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازه المشترى لم يجز لأنه بيع مالم يقبض اه ويظهر منه ومما قبله أنه يبقى على ملك المشترى الأول فله أخذه من الثانى لو قائما ، وتضمينه لو هالكا ، والظاهر أن له أخذ القائم لو كان نقد الثمن لبائعه وإلا فلا إلا بإذن بائعه تأمل (قوله اشترى مكيلا الخ) قيد بالشراء لأنه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل والمطلق من المبيع ينصرف إلى الكامل ، وهو الصحيح منه حتى لو باع ما اشتراه فاسدا بعد قبضه مكايلة لم يحتج المشترى الثانى إلى إعادة الكيل قال أبو يوسف : لأن البيع الفاسد يملك بالقبض كالقرض (قوله أى كره تحريما) فسر الحرمة بذلك ، لأن النهى خبر آحاد لايثبت به الحرمة القطعية وهو ما أسنده ابن ماجه عن جابر رضى الله تعالى عنه « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى » وبقولنا أخذ مالك والشافعى وأحمد وحين علله الفقهاء بأنه من تمام القبض ألحقوا بمنع البيع منع الأكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما ، ولا خلاف فى أن النص محمول على ما إذا وقع البيع مكايلة فلو اشتراه مجازفة له التصرف فيه قبل الكيل وإذا باعه مكايلة يحتاج إلى كيل واحد للمشترى وتمامه فى الفتح (قوله وقد صرحوا بفساده) صرح محمد فى الجامع الصغير بما نصه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال : إذا اشتريت شيئا مما يكال أو يوزن أو يعد ، فاشتريت مايكال كيلا وما يوزن وزنا ومايعد عدا فلا تبعه حتى تكيله وتزنه وتعده ، فإن بعته قبل أن تفعل ، وقد قبضته فالبيع فاسد فى الكيل والوزن اه ط :

قلت : وظاهره أن الفاسد هو البيع الثانى وهو بيع المشترى قبل كيله ،وأن الأول وقع صحيحا لكنه يحرم عليه التصرف فيه من أكل أو بيع حتى يكيله فإذا باعه قبل كيله وقع البيع الثانى فاسدا لمامر من أن العلة كون الكيل من تمام القبض ، فإذا باعه قبل كيله فكأنه باعه قبل القبض ، وبيع المنقول قبل قبضه لايصح فكانت هذه المسألة من فروع التى قبلها ، فلذا أعقبها بها قبل ذكر التصرف فى الثمن ، والتحقيق أن يقال : إذا ملك زيد طعاما ببيع مجازفة أو بارث ونحوه ، ثم باعه من عمرو مكايلة سقط هنا صاع البائع ، لأن ملكه الأول لايتوقف على الكيل وبقى الاحتياج إلى كيل للمشترى فقط فلا يصح بيعه من عمرو بلا كيل فهنا فسد البيع الثانى فقط ، ثم إذا باعه

كما بسطه الكمال لكونه أكل ملكه (ومثله الموزون والمعدود) بشرط الوزن والعد لاحتمال الزيادة وهى للبائع بخلافه مجازفة لأن الكل للمشترى وقيد بقوله (غير الدراهم والدنانير) لجواز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كبيع التعاطى فإنه لايحتاج فى الموزونات إلى وزن المشترى ثانيا لأنه صار بيعا بالقبض بعد الوزن قنية

عمرو من بكر لابد من كيل آخر لبكر ، فهنا فسد البيع الأول والثانى لوجود العلة فى كل منهما (قوله كما بسطه الكمال) حيث قال : ونص فى الجامع الصغير على أنه لو أكله ، وقد قبضه بلا كيل لايقال إنه أكل حراما ، لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه آثم لتركه ماأمر به من الكيل ، فكان هذا الكلام أصلا فى سائر المبيعات بيعا فاسدا إذا قبضها فملكها ، ثم أكلها وتقدم أنه لايحل أكل مااشتراه شراء فاسدا ، وهذا يبين أن ليس كل مالايحل أكله أن يقال فيه أكل حراما اه مافى الفتح :

وحاصله : أنه إذا حرم الفعل وهو الأكل لايلزم منه أن يكون أكل حراما لأنه قد يكون المأكول حراما كالميتة ، وملك الغير وقد لايكون حراما كما هنا وكالمشرى فاسدا بعد قبضه لأنه ملكه ، ومثله مالو دخل دار الحرب بأمان وسرق منهم شيئا وأخرجه إلى دار نا ملكه ملكا خبيثا ويجب عليه رده عليهم وكذا لو غصب شيئا واستهلكه بخلط ونحوه حتى ملكه ولم يؤد ضمانه يحرم عليه التصرف فيه بأكل ونحوه وإن كان ملكه (قوله والمعدود) أى الذى لاتتفاوت آحاده كالجوز والبيض فتح . وعن الإمام أنه يجوز فى المعدود قبل العد ، وهو قولهما كذا فى السراج والأول هو أظهر الروايتين عن الإمام كما فى الفتح نهر (قوله لاحتمال الزيادة) علة لقوله حرم أو لقوله ، وقد صرحوا بفساده قال فى الهداية بعد تعليله بالنهى المار ، ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط ، وذلك للبائع والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه قال فى الفتح : وإذا عرف أن سبب النهى أمر يرجع إلى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد فى الجامع الصغير اه (قوله بخلافه مجازفة) محترز قوله بشرط الكيل ، وقوله : بشرط الوزن والعد أى لو اشتراه مجازفة له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن ، لأن كل المشار إليه له : أى الأصل والزيادة أى الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر ، وتمامه فى العناية ، ومثل الشراء مجازفة مالو ملكه بهبة أو إرث أو وصية كما مر أو بزراعة أو استقرض حنطة على أنها كر لأن الاستقراض ، وإن كان تمليكا بعوض كالشراء ، لكنه شراء صورة عارية حكما لأن مايرده عين المقبوض حكما فكان تمليكا بلا عوض حكما كما فى الفتح ، ولو باع أحد هؤلاء مكايلة فلابد من كيل المشترى وإن سقط كيل البائع كما قدمناه وفى الفتح: ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض لايجوز فى ظاهر الرواية لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفى نوادر ابن سماعة يجوز اه وبه ظهر أن قوله بخلافه مجازفة مقيد بما إذا لم يكن البائع اشترى مكايلة (قوله لجواز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن) كذا فى البحر عن الإيضاح ، والظاهر أن هذا مفروض فيما إذا كان فى عقد صرف أو سلم ، وإلا فالدراهم والدنانير ثمن ويأتى أنه يجوز التصرف فى الثمن قبل قبضه (قوله كبيع التعاطى الخ) عبارة البحر وهذا كله فى غير بيع التعاطى أما هو فقال فى القنية ولا يحتاج الخ وظاهر قوله: وهذا كله أنه لايتقيد بالموزونات بل التعاطى فى المكيلات والمعدودات كذلك ، وهو مفاد التعليل أيضا بأنه صار بيعا بعد القبض ، فإنه لايخص الموزونات لكن فيه أن مقتضى هذا أنه لايصير بيعا قبل القبض ، ولعله مبنى على قول بأنه لابد فيه من القبض من الجانبين والأصح خلافه ، وعليه فلو دفع الثمن ، ولم يقبض صح ، وقدمنا فى أول البيوع عن القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة ، وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشترى ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا أدفع لك ، ولم يجر بينهما بيع وذهب المشترى فجاء غدا ليأخذ الحنطة

وعليه الفتوى خلاصة (وكفى كيله من البائع بحضرته) أى المشترى (بعد البيع) لا قبله أصلا أو بعده بغيبته فلو كيل بحضرة رجل فشراه فباعه قبل كيله لم يجز وإن اكتاله الثانى لعدم كيل الأول فلم يكن قابضا فتح (ولو كان) المكيل أو الموزون (ثمنا جاز التصرف فيه قبل كيله ووزنه) لجوازه قبل القبض فقبل الكيل أولى (لا) يحرم (المذروع) قبل ذرعه (وإن اشتراه بشرطه إلا إذا أفرد لكل ذراع ثمنا فهو) فى حرمة ماذكر (كموزون) والأصل مامر مرارا أن الذرع وصف لاقدر

وقد تغير السعر فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول اه وتمامه هناك فتأمل (قوله وكفى كيله من البائع بحضرته) قال فى الخانية: لو اشترى كيليا مكايلة أو موزونا موازنة، فكال البائع بحضرة المشترى قال الإمام ابن الفضل يكفيه كيل البائع، ويجوز له أن يتصرف فيه قبل أن يكيله اه:

قلت: وأفاد أن الشرط مجرد الحضرة لاالرؤية لما فى القنية يشترى من الخباز خبزا كذا منا فيزنه وكفة سنجات ميزانه فى دربنده، فلا يراه المشترى أو من البائع كذا منا فيزنه فى حانوته، ثم يخرجه إليه موزونا لايجب عليه إعادة الوزن وكذا إذا لم يعرف عدد سنجاته اه (قوله لاقبله أصلا الخ) أى لوكاله البائع قبل المبيع لايكفى أصلا أى ولو بحضرة المشترى، وكذا لوكاله بعد البيع بغيبة المشترى لما علمت من أن الكيل من تمام التسليم ولاتسليم من الغيبة (قوله فلو كيل الخ) تفريع على قوله لاقبله أصلا، لأن قوله لعدم كيل الأول مبنى على عدم اعتبار الكيل الواقع بحضرته قبل شرائه، ثم إن عبارة الفتح هكذا ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل، ثم اشتراه فى المجلس، ثم باعه مكايلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لايجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشترى منه أولا، لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع مالم يقبض فلا يجوز اه ومثله فى البحر والمنح فقوله: سواء اكتاله للمشترى منه أولا الخ صريح فى أن فاعل اكتاله هو المشترى الأول الذى كيل الطعام بحضرته، ثم اشتراه ثم باعه وقول الشارح: وإن اكتاله الثانى صريح فى أن فاعل اكتاله هو المشترى الثانى وعبارة الفتح أحسن، لافادتها أن هذا الكيل الواقع من المشترى الأول للمشترى الثانى لايكفيه عن كيل نفسه لوقوعه بعد بيعه للثانى، فكان بيعا قبل القبض لعدم اعتبار الكيل الواقع أولا بحضرته قبل شرائه، وأما على عبارة الشارح فلا شبهة فى عدم الجواز ثم إن ماأفاده كلام الفتح من أن كيله للمشترى منه لايكفى عن كيل نفسه ظاهر للتعليل الذى ذكره لكنه مخالف لما شرح به كلام الهداية أولا حيث قال وإن كاله بعد العقد بحضرة المشترى مرة كفاه ذلك، حتى يحل للمشترى التصرف فيه قبل كيله وعند البعض لابد من الكيل مرتين اه ملخصا فإن قوله: كفاه أى كفى البائع وهو المشترى الأول يفيد أنه يكفيه ذلك عن الكيل لنفسه، ولعل الشارح لأجل ذلك جعل فاعل اكتاله المشترى الثانى لكن الظاهر عدم الاكتفاء بذلك الكيل، وإن وقع من المشترى الأول بعد البيع لما ذكره من التعليل والله سبحانه أعلم (قوله ولو كان المكيل أو الموزون ثمنا) أى بأن اشترى عبدا مثلا بكر بر أو برطل زيت، ثم لايخفى أن هذه المسألة من أفراد قوله الآتى: وجاز التصرف فى الثمن قبل قبضه وقد تبع المصنف شيخه فى ذكرها هنا (قوله فقبل الكيل أولى) لأن الكيل من تمام القبض كمامر (قوله وإن اشتراه بشرطه) أى وإن اشترى المذروع شرط الذرع (قوله فى حرمة ماذكر) أى من البيع ولايصح إرادة الأكل هنا وفى حكم البيع كل تصرف ينبنى على الملك ط (قوله والأصل مامر مرارا الخ) منها ماقدمه أول البيع عند قوله: وإن باع صبرة الخ وقدمنا هناك وجه الفرق بين كونه الذرع فى القيميات وصفا وكون القدر بالكيل أو الوزن فى المثليات أصلا وهو كون التشقيص يضر الأول دون الثانى الخ وذكر فى الذخيرة الفرق بأن الذرع عبارة عن الزيادة أو النقصان فى الطول والعرض وذلك وصف

فيكون كله للمشترى إلا إذا كان مقصودا واستثنى ابن الكمال من الموزون مايضره التبعيض لأن الوزن حينئذ فيه وصف (وجاز التصرف فى الثمن) بهبة أو بيع أو غيرهما لو عينا أى مشارا إليه ولو دينا فالتصرف فيه تمليك ممن عليه الدين ولو بعوض ولا يجوز من غيره ابن ملك (قبل قبضه) سواء (تعين بالتعيين)

(قوله فيكون كله للمشترى) قال فى الفتح فلو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع، لأنه لو زاد كان للمشترى ولو نقص كان له الخيار فإذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك اه (قوله إلا إذا كان مقصودا) بأن أفرد لكل ذراع ثمنا، لأنه بذلك التحق بالقدر فى حق إزياد الثمن، فصار المبيع فى هذه الحالة هو الثوب المقدر، وذلك يظهر بالذرع والقدر معقود عليه فى المقدرات حتى يجب رد الزيادة فيما لايضره التبعيض، ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه اه ط عن الزيلعى (قوله واستثنى ابن الكمال الخ) أى بحثا وما يضره التبعيض كمصوغ فيجوز التصرف فيه قبل وزنه، ولو اشتراه بشرطه والأولى للشارح ذكر هذا عند قول المصنف، ومثله الموزون ط وعبارة ابن الكمال هى قوله بعد ذكر الأصل المار ولا يخفى أن موجب هذا التعليل أن يستثنى مايضره التبعيض من جنس الموزون لأن الوزن فيه وصف على مامر اه:

مطلب فى بيان الثمن والمبيع والدين

(قوله وجاز التصرف فى الثمن الخ) الثمن: مايثبت فى الذمة دينا عند المقابلة، وهو النقدان والمثليات إذا كانت معينة، وقوبلت بالأعيان أو غير معينة وصحبها حرف الباء: وأما المبيع: فهو القيميات والمثليات إذا قوبلت بنقد أو بعين: وهى غير معينة مثل اشتريت كر بر بهذا العبد هذا حاصل مافى الشرنبلالية عن الفتح، وسيذكره المصنف فى آخر الصرف (قوله أو غيرهما) كإجارة ووصية منح (قوله أى مشارا إليه) هذا التفسير لم يذكره ابن ملك، بل زاده الشارح، والمراد بالمشار إليه مايقبل الإشارة فيوافق تفسير بعضهم له بالحاضر وذكر ح أنه يشمل القيمى والمثلى غير النقدين، واعترضه ط بأنه لاوجه له، لأن الباعث للشارح على هذا التفسير إدخال النقدين، لأنه يتوهم من العين العرض ليقابل قوله ولو دينا.

قلت: أنت خبير بأن دخول القيمى هنا لاوجه له أصلا لأن الكلام فى الثمن، وهو مايثبت دينا فى الذمة والقيمى مبيع لا ثمن، وإنما مراد الشارح بيان أن الثمن قسمان لأنه تارة يكون حاضرا، كما لو اشترى عبدا بهذا الكر من البر أو بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة وغيرها من المشترى وغيره، وتارة يكون دينا فى الذمة كما لو اشترى العبد بكر بر أو عشرة دراهم فى الذمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشترى فقط، لأنه تمليك الدين، ولا يصح إلا ممن هو عليه: ثم لايخفى أن الدين قد لايكون ثمنا فقد ظهر أن بينهما عموما وخصوصا من وجه، لاجتماعهما فى الشراء بدراهم فى الذمة، وانفراد الثمن بالشراء بعبد، وانفراد الدين فى التزوج أو الطلاق على دراهم فى الذمة (قوله فالتصرف فيه تمليك ممن عليه الدين) فى بعض النسخ: تمليكه، وهى الموافقة لقول ابن ملك: فالتصرف فيه هو تمليكه الخ أى إن التصرف فيه الجائز هو كذا (قوله ولو بعوض) كأن اشترى البائع من المشترى شيئا بالثمن الذى له عليه أو استأجر به عبدا أو دارا للمشترى، ومثال التمليك بغير عوض هبته ووصيته له نهر. فإذا وهب منه الثمن ملكه بمجرد الهبة لعدم احتياجه إلى القبض، وكذا الصدقة ط عن أبى السعود (قوله ولا يجوز من غيره) أى لايجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين، إلا إذا سلطه عليه، واستثنى فى الأشباه من ذلك ثلاث صور. الأولى: إذا سلطه على قبضه، فيكون وكيلا قابضا للمولى ثم لنفسه

كمكيل (أولا) كنقود فلو باع إبلا بدراهم أو بكر بر جاز أخذ بدلها شيئا آخر (وكذا الحكم فى كل دين قبل قبضه كمهر وأجرة وضمان متلف) وبدل خلع وعتق بمال وموروث وموصى به :

والحاصل : جواز التصرف فى الأثمان والديون كلها قبل قبضها عينى (سوى صرف وسلم) فلا يجوز أخذ خلاف جنسه لفوات شرطه (وصح الزيادة فيه) ولو من غير جنسه

الثانية : الحوالة : الثالثة : الوصية (قوله كمكيل) فإنه إذا اشترى العبد بهذا الكر من البر تعين ذلك الكر ، فلا يجوز له دفع كر غيره :

مطلب فيما تتعين فيه النقود وما لا تتعين

(قوله كنقود) فإذا اشترى بهذا الدرهم له دفع درهم غيره وعدم تعين النقد ليس على إطلاقه ، بل ذلك فى المعاوضات وفى العقد الفاسد على إحدى الروايتين ، وفى المهر : ولو بعد الطلاق قبل الدخول ، وفى النذر والأمانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب والوكالة قبل التسليم أو بعده ، ويتعين فى الصرف بعد هلاكه وبعد هلاك المبيع وفى الدين المشترك فيؤمر برد نصف ماقبض على شريكه وفيما إذا تبين بطلان القضاء بأن أقر بعد الأخذ أنه لم يكن له على خصمه شىء فيرد عين ماقبض لو قائما وتمامه فى الأشباه فى أحكام النقد ، وقدمناه فى أواخر البيع الفاسد (قوله فلو باع الخ) تفريع على قول المصنف : وجاز التصرف فى الثمن الخ .

مطلب فى تعريف الكر

(قوله أو بكر بر) الكر كيل معروف ، وهو ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف مصباح (قوله جاز أخذ بدلها شيئا آخر) لكن بشرط أن لايكون افتراقا بدين كما يأتى فى القرض (قوله وكذا الحكم فى كل دين) أى يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لكن بشرط أن يكون تمليكا ممن عليه بعوض أو بدونه كما علمت ، ولما كان الثمن أخص من الدين من وجه كما قررناه بين أن ماعداه من الدين مثله (قوله كمهر الخ) وكذا القرض قال فى الجوهرة وقد قال الطحاوى : إن القرض لايجوز التصرف فيه قبل قبضه وهو ليس بصحيح اه (قوله وضمان متلف) أى ضمانه بالمثل لو مثليا وإلا فبالقيمة فافهم (قوله بمال) قيد لخلع وعتق ، لأنهما بدون مال لايكون لهما بدل فافهم (قوله وموروث وموصى به) قال الكمال : وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث فى الملك وكان للميت ذلك التصرف ، فكذا للوارث وكذا الموصى له ، لأن الوصية أخت الميراث اه . ومثله للإتقانى وهذا كالصريح فى جواز تصرف الوارث فى الموروث وإن كان عينا ط (قوله سوى صرف وسلم) سيأتى فى باب السلم قوله : ولا يجوز التصرف للمسلم إليه فى رأس المال ، ولا لرب السلم فى المسلم فيه قبل قبضه بنحو بيع وشركة ولو ممن عليه ولا شراء المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة قبل قبضه بحكم الإقالة بخلاف بدل الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه ، لكن بشرط قبضه فى مجلس الإقالة لجواز تصرفه فيه بخلاف السلم اه وسيأتى بيانه ومرت مسألة الإقالة فى بابها (قوله فلا يجوز أخذ خلاف جنسه) الأولى أن يقول فلا يجوز التصرف فيه ط (قوله لفوات شرطه) وهو القبض فى بدلى الصرف ورأس مال السلم قبل الافتراق (قوله وصح الزيادة فيه) قال فى البحر : لو عبر باللزوم بدل الصحة لكان أولى ، لأنها لازمة حتى لو ندم المشترى بعد مازاد

فى المجلس أو بعده من المشترى أو وارثه خلاصة ؛ ولفظ ابن ملك أو من أجنبى (إن) فى غير صرف و (قبل البائع) فى المجلس فلو بعده بطلت خلاصة وفيها لو ندم بعد مازاد أجبر (وكان المبيع قائما) فلا تصح بعد هلاكه ولو حكما على الظاهر بأن باعه ثم شراه ثم زاده زاد فى الخلاصة وكونه محلا للمقابلة فى حق المشترى حقيقة فلو باع بعد القبض أو دبر أو كاتب أو ماتت الشاة فزاد لم يجز لفوات محل البيع بخلاف مالو أجر أو رهن أو جعل الحديد سيفا أو ذبح الشاة لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع (و) صح (الحط منه) ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن (والزيادة) والحط (يلتحقان بأصل العقد) بالاستناد

يجبر إذا امتنع كما فى الخلاصة اهـ (قوله فى المجلس) أى مجلس العقد أو بعده (قوله أو من أجنبى) فإن زاد بأمر المشترى تجب على المشترى لا على الأجنبى كالصلح ، وإن بغير أمره ، فإن أجاز المشترى لزمته وإن لم يجز بطلت ، ولو كان حين زاد ضمن عن المشترى أو أضافها إلى مال نفسه لزمته الزيادة ، ثم إن كان بأمر المشترى رجع وإلا فلا بحر عن الخلاصة (قوله فى غير صرف) يوهم أن الزيادة فيه لا تصح مع أنها تصح وتفسده كما يذكره قريبا وكأنه حمل الصحة على الجواز والحل أو أراد من عدم الصحة فى الصرف فساده (قوله فى المجلس) أى مجلس الزيادة (قوله لو ندم الخ) أشار إلى أن الزيادة لازمة كما مر (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية كما فى الهداية ، وفى رواية الحسن أنها تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه (قوله بأن باعه ثم شراه) من صور الهلاك حكما ، لأن تبدل الملك كتبدل العين ولذا يمتنع بذلك رده بالعيب والرجوع فى الهبة وأفاد أنه إذا لم يشتره فكذلك بالأولى (قوله وكونه) أى المبيع محلا للمقابلة أى لمقابلة زيادة الثمن ط قال ح : ولا حاجة إليه مع قول الشارح ولو حكما كما لا يخفى (قوله حقيقة) احتراز عما إذا خرج عن المحلية بأن هلك حقيقة كموت الشاة أو حكما كالتدبير والكتابة (قوله فلو باع الخ) تفريع على قوله فلا تصح بعد هلاكه ، وكذا لو وهب وسلم أو طبخ اللحم أو طحن أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشترى الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد ، إذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ، ولهذا يصير الغاصب أحق بهما إذا فعل بالمغصوب ذلك وكذا الزيادة فى المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا يصح اهـ فتح وروى الحسن فى غير رواية الأصول أنها تصح بعد هلاك المبيع ، وعلى هذه الرواية تصح الزيادة فى المهر بعد الموت نهر :

قلت : وهذه خلاف ظاهر الرواية كما نبه عليه فى الجوهرة وغيرها ، والعجب من الزيلعى حيث ذكر أن الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع فى ظاهر الرواية ، وأنها تصح فى رواية النوادر ، ثم ذكر أن الهلاك الحكمى ملحق بالحقيقى ثم قال : ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الأمة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف الزيادة فى مهر المرأة بعد موتها اهـ فليتأمل (قوله بخلاف مالو أجر) وكذا لو خاط الثوب أو قطعت يد العبد ، وأخذ المشترى الأرش فتح (قوله لقيام الاسم والصورة) أى فى غير جعل الحديد سيفا فإن الصورة تبدلت فيه ط (قوله وصح الحط منه) أى من الثمن وكذا من رأس مال السلم والمسلم فيه كما هو صريح كلامهم رملى على المنح (قوله وقبض الثمن) بالجر عطفا على هلاك ، وسيأتى بيان الحط بعد قبض الثمن عند قوله : ويصح الحط من المبيع الخ (قوله يلتحقان بأصل العقد) هذا لو الحط من غير الوكيل ففى شفعة الخانية الوكيل بالبيع إذا باع الدار بألف ثم حط عن المشترى مائة صح وضمن المائة للآمر ، وبرئ المشترى عنها ويأخذ الشفيع الدار بألف ، لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد (قوله بالاستناد) وهو أن يثبت أولا فى الحال ، ثم يستند إلى وقت العقد ، ولهذا لا تثبت الزيادة فى صورة الهلاك كما مر ، لأن ثبوته فى الحال متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده

فبطل حط الكل وأثر الالتحاق فى تولية ومرابحة وشفعة واستحقاق وهلاك وحبس مبيع وفساد صرف لكن إنما يظهر فى الشفعة الحط فقط (و) صح (الزيادة فى المبيع) ولزم البائع دفعها (إن) فى غير سلم زيلعى و (قبل المشترى وتلتحق) أيضا (بالعقد فلو هلكت الزيادة قبل قبض سقط حصتها من الثمن) وكذا لو زاد فى الثمن عرضا فهلك قبل تسليمه انفسخ العقد بقدره قنية (ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع)

كالبيع الموقوف لاينبرم بالإجازة بعد هلاك المبيع وقتها كما فى الفتح (قوله فبطل حط الكل) أى بطل التحاقه مع صحة العقد، وسقوط الثمن عن المشترى خلافا لما توهمه بعضهم من أن البيع يفسد أخذا من تعليل الزيلعى بقوله لأن الالتحاق فيه يؤدى إلى تبديله ، لأنه ينقلب هبة أو بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدى إلى تبديله فلا يلتحق به اهـ فقوله : فلا يلتحق صريح فى أن الكلام فى الالتحاق ، وأن قوله فيفسد مفرع على الالتحاق كما صرح به فى شرح الهداية ؛ وقال فى الذخيرة : إذا حط كل الثمن أو وهب أو أبرأ عنه ، فإن كان قبل قبضه صح الكل ، ولايلتحق بأصل العقد ، وفى البدائع من الشفعة واوحط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ، ولا يسقط عنه شىء ، لأن حط كل الثمن لايلتحق بأصل العقد ، لأنه لوالتحق لبطل البيع لأنه يكون بيعا بلا ثمن ، فلم يصح الحط فى حق الشفيع وصح فى حق المشترى وكان إبراءله عن الثمن اهـ زاد فى المحيط لأنه لا فى دينا قائما فى ذمته وتمامه فى فتاوى العلامة قاسم (قوله وأثر الالتحاق الخ) لايخفى أن الزيادة تجب على المشترى ، والمحطوط يسقط عنه ، لكن لما كان ذلك بين المتعاقدين ربما يتوهم أنه لايتعدى إلى غير ذلك العقد فنبه على أن أثر ذلك يظهر فى مواضع (قوله فى تولية ومرابحة) فيولى ويرابح على الكل فى الزيادة وعلى الباقى بعد المحطوط بحر (قوله وشفعة) فيأخذ الشفيع بما بقى فى الحط دون الزيادة كما يأتى (قوله واستحقاق) فيرجع المشترى على البائع بالكل ، ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل بحر : أى كل الثمن والزيادة (قوله وهلاك) حتى لوهلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن ، بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لايسقط شىء من الثمن بهلاكها قبل القبض زيلعى ؛

قلت : ولا يخفى عليك أن هذا فى الزيادة فى المبيع والكلام فى الزيادة فى الثمن فلا يناسب ذكر هذا هنا فافهم (قوله وحبس مبيع) فله حبسه حتى يقبض الزيادة (قوله وفسادصرف) فلو باع الدراهم بدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط وقبل الآخر وقبض الزائد فى الزيادة أو المردود فى الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء عند أبى حنيفة زيلعى ويأتى تمام الكلام عليه أول باب الربا وزاد الزيلعى مما يظهر فيه أثر الالتحاق ما إذا زوج أمته ثم أعتقها ، ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى اهـ .

وفى النهر : ونظهر فيما لو وجد بالثياب المباعة عيبا رجع بحصته من الثمن مع الزيادة وفيما إذا زاد فى الثمن مالا يجوز الشراء به ، وفى المبيع مالا يجوز بيعه فقبل فسد العقد كذا فى السراج اهـ وتمامه فيه وكأن الشارح لم يذكر هذه الثلاثة لأن كلامه فى الثمن تأمل (قوله الحط فقط) لأن فى الزيادة إبطال حق الشفيع الثابت قبلها فلا يملكانه فله أن يأخذ بدون الزيادة (قوله إن فى غير سلم) قال الزيلعى ولا يجوز الزيادة فى المسلم فيه لأنه معدوم حقيقة ، وإنما جعل موجود فى الذمة لحاجة المسلم إليه والزيادة فى المسلم فيه لاتدفع حاجته بل تزيد فى حاجته فلا تجوز اهـ ح ودل كلام السراج على بجواز الحط منه رملى (قوله وقبل المشترى) أى فى مجلس الزيادة كما يفيده مامر فى الزيادة فى الثمن (قوله أيضا) أى كما تلتحق الزيادة فى الثمن ط (قوله فلو هلكت الزيادة الخ) هذا ما قدمه الشارح فى قوله وهلاك (قوله وكذا لو زاد) أى المشترى ط (قوله انفسخ العقد بقدره) فلو اشترى بمائة وتقابضا

فتصح بعد هلاكه بخلافه فى الثمن كما مر (ويصح الحط من المبيع إن) كان المبيع (دينا وإن عينا لا) يصح لأنه إسقاط وإسقاط العين لايصح بخلاف الدين فيرجع بما دفع في براءة الإسقاط لا في براءة الاستيفاء اتفاقا ولو أطلقها فقولان وأما الإبراء المضاف إلى الثمن فصحيح ولو بهبة أو حط فيرجع المشترى بما دفع على ماذكره السرخسى فليتأمل عند الفتوى بحر قال فى النهر: وهو المناسب للإطلاق ، وفى البزازية باعه على أن يهبه من الثمن كذا لايصح ولو على أن يحط من ثمنه كذا جاز

ثم زاد المشترى عرضا قيمته خمسون وهلاك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد فى ثلثه بحر عن القنية ، ووجه الانفساخ أن العرض مبيع وإن جعل ثمنا وهلاك المبيع قبل القبض يوجب الانفساخ فافهم (قوله فتصح بعد هلاكه) لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بحر عن الخلاصة (قوله بخلافه فى الثمن) الأولى بخلافها ط (قوله كما مر) أى فى قوله وكان المبيع قائما أى لأن المبيع بعد هلاكه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه بخلاف الحط من الثمن لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله ، فيلتحق بأصل العقد استنادا بحر (قوله فيرجع) أى المشترى على البائع (قوله لا فى براءة الاستيفاء) لأن براءة الإسقاط تسقط الدين عن الذمة بخلاف براءة الاستيفاء ، مثال الأولى : أسقطت وحططت وأبرأت براءة إسقاط ، ومثال الثانية : أبرأتك براءة استيفاء أو قبض أو برأتك عن الاستيفاء اهـ ح :

مطلب فى بيان براءة الاستيفاء وبراءة الإسقاط

وحاصله : أن براءة الاستيفاء عبارة عن الإقرار بأنه استوفي حقه وقبضه (قوله اتفاقا) يرجع إليهما ط (قوله ولو أطلقها) كما لو قال أبرأتك ولم يقيد بشيء اهـ ح (قوله وأما الإبراء المضاف إلى الثمن الخ) تابع صاحب البحر حيث ذكر أولا صحة المبيع لو دينا لا عينا وعلله بما مر ، ثم ذكر حط الثمن وهبته وإبراءه .

وحاصل ما ذكره فى البحر عن الذخيرة : أنه لو وهبه بعض الثمن أو أبرأه عنه قبل القبض فهو حط وإن حط البعض أو وهبه بعد القبض صح ، ووجب عليه للمشترى مثل ذلك ، ولو أبرأه عن البعض بعده لا يصح ، والفرق أن الدين باق فى ذمة المشترى بعد القضاء ، لأنه لا يقضى عين الواجب بل مثله إلا أن المشترى لا يطالب به ، لأن له مثله على البائع بالقضاء ، فلا تفيد المطالبة فقد صادفت الهبة والحط دينا قائما فى ذمة المشترى ، وإنما لم يصح الابراء لأنه نوعان: براءة قبض ، واستيفاء ، وبراءة إسقاط ، فإذا أطلقت تحمل على الأول لأنه أقل فكأنه قال : أبرأتك براءة قبض واستيفاء وفيه لا يرجع ولو قال براءة إسقاط صح ورجع على البائع أما الهبة والحط فاسقاط فقط ، وإذا وهبه كل الدين أو حط أو أبرأه منه فهو على ما ذكرنا هذا ما ذكره شيخ الإسلام ، وذكر السرخسى أن الإبراء المضاف إلى الثمن بعد الاستيفاء صحيح ، حتى يجب على البائع رد ماقبض وسوى بين الابراء والهبة والحط فيتأمل عند الفتوى اهـ هذا حاصل ما فى البحر عن الذخيرة :

قال فى النهر : وعرف من هذا أنه لا خلاف فى رجوع الدافع بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط ، وفى عدم رجوعه إذا أبرأه براءة استيفاء وأن الخلاف مع الإطلاق ، وعلى هذا تفرع ما لو علق طلاقها بابرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق ، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع عليها كذا فى الأشباه اهـ :

قلت : والظاهر أن المبيع الدين مثل الثمن فيما ذكر فكان الأولى للشارح أن يقول بعد قوله بخلاف الدين ، وكذا الثمن لو حط بعضه أو وهبه ، أو أبرأ عنه قبل القبض وكذا بعده فيرجع المشترى بما دفع ، لكن لو البراءة براءة إسقاط لابراءة استيفاء اتفاقا ولو أطلقها فقولان فيتأمل عند الفتوى الخ فافهم (قوله وهو المناسب للإطلاق)

للحوق الحط بأصل العقد دون الهبة (والاستحقاق) لبائع أو مشتر أو شفيع (يتعلق بما وقع عليه العقد و) يتعلق (بالزيادة) أيضا فلو رد بنحو عيب رجع المشترى بالكل (ولزم تأجيل كل دين) إن قبل المديون (إلا) فى سبع على مافى مداينات الأشباه بدلى صرف وسلم

أى الرجوع هو المناسب لا طلاق البراءة ، لكن الظاهر ما قاله شيخ الإسلام من حملها عند الاطلاق على براءة القبض ، والاستيفاء لأنه أقل كما مر لأن حملها على معنى الإسقاط يوجب الرجوع عليه بما أخذ وهذا أكثر (قوله لايثبت بالشك(١)) ولأن وقوع الإبراء بعد القبض قرينة على أن المراد به براءة القبض ، إلا أن يظهر بقرينة حالية إرادة معنى الإسقاط ، وعن هذا والله تعالى أعلم قال فيتأمل عند الفتوى : أى يتأمل المفتى وينظر ما يقتضيه المقام فى الحادثة المسئول عنها فيفتى به والله سبحانه أعلم (قوله للحوق الحط بأصل العقد) كأنه باعه ابتداء بالقدر الباقى بعد الحط ط أى بخلاف الهبة فكان شرطا لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما (قوله والاستحقاق الخ) المراد به هنا طلب الحق أو ثبوت الحق ، وقوله لبائع متعلق به ومعناه فى البائع أن له حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن وما زيد فيه ، ومعناه فى المشترى أنه لو استحق منه المبيع رجع على بائعه بالثمن ، وما زيد فيه كما تقدم ، وكذا لو رده بعيب ونحوه كما يأتى ، ومعناه فى الشفيع أنه لو زاد البائع فى العقار المبيع ، فان الشفيع يأخذ الكل وعليه فالمراد بالزيادة أعم من أن تكون فى الثمن أو فى المبيع (قوله فلو رد الخ) تفريع على قوله أو مشتر أى إذا رد المشترى المبيع بخيار عيب أو نحوه من خيار شرط أو رؤية رجع على بائعه بالكل : أى بالثمن وما زيد فيه وفى الجوهرة إذا اشترى عشرة أثواب بمائة درهم فزاده البائع بعد العقد ثوبا آخر ثم اطلع المشترى على عيب فى أحد الثياب إن كان قبل القبض ، فالمشترى بالخيار إن شاء فسخ البيع فى جميعها وإن شاء رضى بها وإن كان بعد القبض ، فله رد المعيب بحصته وإن كانت الزيادة هى المعيبة اه .

مطلب فى تأجيل الدين

(قوله ولزم تأجيل كل دين) الدين ما وجب فى الذمة بعقد أو استهلاك ، وما صار فى ذمته دينا باستقراضه فهو أعم من القرض كذا فى الكفاية ويأتى فى أول الفصل تعريف القرض ، وأطلق التأجيل فشمل ما لو كان الأجل معلوما أو مجهولا لكن إن كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس يصح لا إن كانت متفاحشة كهبوب الريح كما فى الهداية وغيرها ومر فى باب البيع الفاسد أن الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين بمنزلة الكفالة (قوله إن قبل المديون) فلو لم يقبله بطل التأجيل فيكون حالا ذكره الإسبيجابى ، ويصح تعليق التأجيل بالشرط فلو قال لمن عليه ألف حالة إن دفعت إلى غدا خمسمائة فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنك إلى سنة فهو جائز كذا فى الذخيرة وفى الخانية لو قال المديون : أبطلت الأجل أو تركته صار حالا ، بخلاف برئت من الأجل أو لاحاجة لى فيه ، وإذا قضاه قبل الحلول فاستحق المقبوض من القابض أو وجده زيوفا فرده أووجد بالمبيع عيبا فرده بقضاء عاد الأجل لاأو اشترى من مديونه شيئا بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيل لاتعود الكفالة فى الوجهين اه بحر وقوله فى الوجهين : أى فى الإقالة وفى الرد بعيب بقضاء وقدمنا فى الإقالة أن عدم عود الكفاية فى الرد بعيب فيه خلاف فراجعه (قوله إلا فى سبع) هى فى الحقيقة ست فان مسألتى الإقالة واحدة (قوله بدلى صرف وسلم) لاشتراط القبض لبدلى الصرف فى المجلس واشتراطه فى رأس مال السلم ، وهو المراد ببدله هنا أما المسلم فيه فشرطه

---

(١) (قوله لايثبت بالشك) هكذا بخطه ، وليست هذه العبارة موجودة فى نسخ الشارح التى بيدى فليحرر اه مصححه .

وثمن عند إقالة وبعدها وما أخذ به الشفيع ودين الميت والسابع (القرض) فلا يلزم تأجيله (إلا) فى أربع

التأجيل ط (قوله وثمن عند إقالة وبعدها) فى القنية أجل المشترى البائع سنة عند الإقالة صحت الاقالة وبطل الأجل ، ولو تقايلا ثم أجله ينبغى أن لايصح الأجل عند أبى حنيفة فإن الشرط اللاحق بعد العقد ملتحق بأصل العقد عنده اه بحر وتقدمت المسألة فى باب الإقالة وكتبنا هناك أنا قدمنا فى البيع الفاسد تصحيح عدم التحاق الشرط الفاسد ، وعليه فيصح التأجيل بعدها ويؤيده ما نقله بعضهم عن سلم الجوهرة من أنه يجوز تأجيل رأس مال السلم بعد الإقالة ، لأنه دين لا يجب قبضه في المجلس كسائر الديون اه ثم رأيت العلامة البيرى قال : إن قوله الشرط اللاحق ملتحق بأصل العقد ساقط ، لأن التأجيل وقع بعد العقد لا على وجه الشرط ، بل على وجه التبرع كما فى سائر الديون ، ويؤيده أنه نقل جواز تأخير الثمن بعد الرد بالعيب بقضاء أو بغيره ، والعجب من المؤلف أى صاحب الأشباه كيف أقره على ذلك اه كلام البيرى ملخصا .

قلت : لكن وجه ما فى القنية أن الإقالة بيع من وجه ، وقد مر الخلاف فى باب البيع الفاسد فيما لو باع مطلقا ثم أجل إلى أجل مجهول ، قيل يصح الأجل ، وقيل لا بناء على أنه يلتحق بالعقد ، وهنا إذا التحق بعقد الإقالة يلزم أن يزاد الثمن فيها بوصف التأجيل مع أن الإقالة إنما تصح بمثل الثمن الأول فالأحسن الجواب بما قلنا من تصحيح عدم الالتحاق تأمل (قوله وما أخذ به الشفيع) يعنى لو أجل المشترى الشفيع فى الثمن لم يصح بحر : وشمل مالو كان الشراء بمؤجل فإن الأجل لا يثبت فى أخذ الشفيع كما سيذكره فى بابها (قوله ودين الميت) أى لو مات المديون وحل المال فأجل الدائن وارثه لم يصح لأن الدين فى الذمة وفائدة التأجيل أن يتجر فيؤدى الدين من نماء المال ، فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين ، فلا يفيد التأجيل كذا فى الخلاصة . وظاهره أنه فى كل دين وذكره فى القنية فى القرض بحر : وفى الفتح مثل ما فى القنية لكن فى الذخيرة تأجيل رب الدين ماله على الميت لا يجوز ، والصحيح أنه قول الكل لأن الأجل صفة الدين ، ولا دين على الوارث ، فلا يثبت الأجل فى حقه ، ولا وجه أيضا لثبوته للميت ، لأنه سقط عن ذمته بالموت ولا لثبوته فى المال لأنه عين والأعيان لا تقبل التأجيل : وفى البرجندى قال صاحب المحيط : الأصح عندى أن تأجيله صحيح ، وهكذا أفتى الإمام قاضيخان ، لأنه إذا كان هذا الدين يتعلق بالتركة ، لكنه يثبت فى الذمة فلا يكون عينا فيصح التأجيل ، وأفتى بعضهم بعدم الصحة كذا فى الفصول العمادية بيرى (قوله فلا يلزم تأجيله) أى أنه يصح تأجيله مع كونه غير لازم فللمقرض الرجوع عنه ، لكن قال فى الهداية : فان تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة فى الابتداء حتى يصح بلفظة الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبى ومعاوضة فى الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما فى الإعارة إذ لاجبر فى التبرع ، وعلى اعتبار الانتهاء لايصح ، لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا اه ومقتضاه أن قوله لا يصح على حقيقته ، لأنه إذا وجد فيه مقتضى عدم اللزوم ومقتضى عدم الصحة ، وكان الأول لا ينافى الثانى لأن مالا يصح لايلزم وجب اعتبار عدم الصحة ، ولهذا علل فى الفتح لعدم الصحة أيضا بقوله : ولأنه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع ، ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين وإلا كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض فى المجلس والتأجيل فى الأعيان لا يصح اه ملخصا ويؤيده ما فى النهر عن القنية التأجيل فى القرض باطل (قوله إلا فى أربع) أى بعد مسألتى الحوالة واحدة ومسألتى الوصية واحدة أيضا وقد نظمت هذه مع التى قبلها بقولى :

ست من الديون ليس يلتزم   تأجيلها بدل صرف وسلم

(إذا) كان مجحودا أو حكم مالكى بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده أو أحاله على آخر فأجله المقرض أو أحاله على مديون مؤجل دينه لأن الحوالة مبرئة والرابع الوصية (أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة) فيلزم من ثلثه ويسامح فيها نظرا للموصى (أو أوصى بتأجيل قرضه) الذى له (على زيد سنة) فيصح ويلزمه :

والحاصل : أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه باطل فى بدلى صرف وسلم وصحيح غير لازم فى قرض وإقالة وشفيع ودين ميت ولازم فيما عدا ذلك وأقره المصنف وتعقبه فى النهر بأن الملحق بالقرض تأجيله باطل :

قلت : ومن حيل تأجيل القرض كفالته مؤجلا فيتأخر عن الأصل لأن الدين واحد بحر ونهر فهى خامسة فلتحفظ :

دين على ميت وما للمشترى	على مقيل أو شفيع ياسرى
والقرض إلا أربعا فيها مضى	جحد وصية حوالة قضى

(قوله إذا كان مجحودا) فى الخانية : رجل له على رجل ألف درهم قرض فصالحه على مائة إلى أجل صح الحط والمائة حالة ، وإن كان المستقرض جاحدا للقرض فالمائة إلى الأجل اه بيرى ومثله ما لو قال المستقرض للمقرض سرا : لا أقر لك حتى تؤجله عنى فأقر له عند الشهود بالألف مؤجلة (قوله أو حكم مالكى بلزومه) فإنه عنده لازم وقيد به لأن الأرجح أن حكم الحنفى بخلاف مذهبه لا ينفذ خصوصا فى قضاة زمننا ، وقيد بقوله بعد ثبوت أصل الدين عنده ، لأنه لو لم يكن ثابتا لا يصح حكمه بلزوم تأجيله ، ولأن المجحود لايتوقف تأجيله على حكم مالكى (قوله أو أحاله الخ) فى الفتح والحيلة فى لزوم تأجيله : أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه ، فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم اه وإذا لزم فإن كان للمحيل على المحال عليه دين ، فلا إشكال وإلا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلا أشار إليه فى المحيط بحر ، وفائدة الإقرار تمكن المحال عليه من الرجوع على المحيل بما يدفعه للمقرض (قوله أو أحاله على مديون الخ) أفاد أنه لا فرق بين كون تأجيل المحال عليه صادرا من المقرض أو من المحيل وهو المستقرض (قوله لأن الحوالة مبرئة) أى تبرأ بها ذمة المحيل ويثبت بها للمحال أى المقرض دين على المحال عليه بحكم الحوالة فهو فى الحقيقة تأجيل دين لاقرض (قوله فيلزم من ثلثه) فإن خرجت الألف من الثلث فيها وإلا فبقدر مايخرج ط (قوله ويسامح فيها نظرا للموصى) لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى هداية .

وحاصله : أن لزوم الوصية بالتبرع ومنه مانحن فيه خارج عن القياس رحمة وفضلا على الموصى إذ كان القياس أن لا تصح وصيته لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته (قوله وأقره المصنف) أى أقر ما ذكر من الحاصل وهو لصاحب البحر فكان الأولى عزوه إليه (قوله وتعقبه) أى تعقب الحاصل المذكور فافهم (قوله بأن الملحق بالقرض) هو الإقالة بقسميها والشفيع ودين الميت ح (قوله تأجيله باطل) لتعبيرهم فيها بلا يصح ، أو بباطل فلا يقال : إن التأجيل فيها صحيح غير لازم ط .

قلت : وقد علمت مما قدمناه أن القرض كذلك ولعل مراد صاحب البحر بالباطل مايحرم فعله ويلزم منه الفساد ، فإن تأجيل بدلى الصرف والسلم كذلك بخلاف القرض والملحق به فإنه لو ترك المطالبة به إلى حلول الأجل لم يلزم منه ذلك ، فلذا قال إنه صحيح غير لازم لكن ماقدمناه عن الهداية فى القرض من قوله وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا اه يقتضى أنه يلزم منه الفساد وأنه حرام ولم يظهر لى وجهه فليتأمل (قوله لأن الدين واحد) أى فإذا تأخر عن الكفيل لزم تأخيره عن الأصيل أيضا إذ يثبت ضمنا

وفى حيل الأشباه: حيلة تأجيل دين الميت أن يقر الوارث بأنه ضمن ماعلى الميت فى حياته مؤجلا إلى كذا ويصدقه الطالب أنه كان مؤجلا عليهما ويقر الطالب بأن الميت لم يترك شيئا وإلا لأمر الوارث بالبيع للدين وهذا على ظاهر الرواية من أن الدين إذا حل بموت المديون لا يحل على كفيله .

قلت: وسيجىء آخر الكتاب أنه لو حل لموته أو أداه قبل حلوله ليس له من المرابحة إلا بقدر مامضى من الإيام وهو جواب المتأخرين .

ما يمتنع قصدا كبيع الشرب والطريق كما فى البحر عن تلخيص الجامع ، لكن فى النهر عن السراج قال أبو يوسف إذا أقرض رجل رجلا مالا فكفل به رجل عنه إلى وقت كان على الكفيل إلى وقته ، وعلى المستقرض حالا اه ونقل نحوه فى كفالة البحر عن الذخيرة والغيائية ، وذكر فى أنفع الوسائل مثله عن عدة كتب ، وذكر أن هذه الحيلة لم يقل بها أحد غير الحصيرى فى التحرير ، وأنه إذا تعارض كلامه وحده مع كلام كل الأصحاب لا يفتى به اه .

وحاصله : أن الجمهور على أنه يتأجل على الكفيل دون الأصيل ، وبه أفتى العلامة قارىء الهداية وغيره وسيأتى تمامه فى الكفالة إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] : لم يذكر ما لو أجل الكفيل الأصيل ، وهو جائز ففى البيرى روى ابن سماعة عن محمد رجل قال لغيره اضمن عنى لفلان الألف التى على ففعل ، وأداها الضامن ، ثم إن الضامن أخر المضمون عنه فالتأخير جائز وليس هذا بمنزلة القرض ، ولو قال : اقض عنى هذا الرجل ألف درهم ففعل ثم أخرها لم يجز التأخير ، لأن هذا أدى عنه فصار مقرضا والتأخير فى القرض باطل والأول أدى عن نفسه اه (قوله أن يقر الوارث الخ) الظاهر أنه مفروض فى وارث لا مشارك له فى الميراث ، وإلا يلحقه ضرر بلزوم الدين عليه وحده ، والمقصود من هذه الحيلة بيان حكمها لو وقعت كذلك لا تعليم فعلها ، لأن فيها الأخبار بخلاف الواقع (قوله ويصدقه الطالب أنه الخ) لو قال : ويصدقه الطالب فى ذلك لكان أخصر وأظهر ، لأن تصديقه بتأجيله على الميت غير لازم (قوله وإلا لأمر الوارث الخ) عبارة الأشباه وإلا فقد حل الدين بموته فيؤمر الوارث الخ .

مطلب إذا قضى المديون الدين قبل حلول الأجل أو مات لا يؤخذ من المرابحة إلا بقدر مامضى

(قوله وسيجىء آخر الكتاب) أى قبيل كتاب الفرائض وهذا مأخوذ من القنية حيث قال فيها برمز نجم الدين قضى المديون الدين قبل الحلول أو مات فأخذ من تركته ، فجواب المتأخرين : أنه لا يأخذ من المرابحة التى جرت بينهما إلا بقدر مامضى من الأيام قيل له أتفتى به أيضا ؟ قال نعم قال : ولو أخذ المقرض القرض والمرابحة قبل مضى الأجل فللمديون أن يرجع بحصة مابقى من الأيام اه وذكر الشارح آخر الكتاب : أنه أفتى به المرحوم مفتى الروم أبو السعود . وعلله بالرفق من الجانبين .

قلت: وبه أفتى الحانوتى وغيره وفى الفتاوى الحامدية سئل فيما إذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم فرابحه عليه إلى سنة ، ثم بعد ذلك بعشرين يوما مات عمرو المديون ، فحل الدين ودفعه الوارث لزيد ، فهل يؤخذ من المرابحة شىء أولا؟ الجواب جواب المتأخرين : أنه لا يؤخذ من المرابحة التى جرت المبايعة عليها بينهما إلا بقدر مامضى من الأيام قيل للعلامة نجم الدين : أتفتى به ؟ قال : نعم كذا فى الأنقروى والتنوير ، وأفتى به علامة الروم مولانا أبو السعود وفى هذه الصورة بعد أداء الدين دون المرابحة إذا ظنت الورثة أن المرابحة تلزمهم فرابحوه عليها عدة سنين بناء على أن المرابحة تلزمهم حتى اجتمع عليهم مال ، فهل يلزمهم المال أولا ؟ الجواب : لا يلزمهم لما فى القنية

فصل فى القرض

(هو) لغة : ماتعطيه لتتقاضاه ، وشرعا : ماتعطيه من مثلى لتتقاضاه وهو أخصر من قوله (عقد مخصوص) أى بلفظ القرض ونحوه (يرد على دفع مال) بمنزلة الجنس (مثلى) خرج القيمى (لآخر ليرد مثله) خرج نحو وديعة وهبة (وصح) القرض (فى مثلى) هو كل مايضمن بالمثل عند الاستهلاك (لا فى غيره) من القيميات كحيوان وحطب وعقار وكل متفاوت لتعذر رد المثل :

واعلم أن المقبوض بقرض فاسد كمقبوض ببيع فاسد سواء

برمز بكر خواهر زاده كان يطالب الكفيل بالدين بعد أخذه من الأصيل ، ويبيعه بالمرابحة ، حتى اجتمع عليه سبعون دينارا ، ثم تبين أنه قد أخذه فلا شئ له لأن المبايعة بناء على قيام الدين ولم يكن اه هذا ماظهر لنا والله سبحانه أعلم اه .

فصل فى القرض

بالفتح والكسر منح ومناسبته لما قبله ذكر القرض فى قوله : وازم تأجيل كل دين إلا القرض ط (قوله ماتعطيه لتتقاضاه) أى من قيمى أو مثلى ، وفى المغرب تقاضيته دينى وبدينى واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حتى أخذته (قوله وشرعا ماتعطيه من مثلى الخ) فهو على التفسيرين مصدر بمعنى اسم المفعول لكن الثانى غير مانع لصدقه على الوديعة والعارية ، فكان عليه أن يقول لتتقاضى مثله ، وقدمنا قريبا أن الدين أعم من القرض (قوله عقد مخصوص) الظاهر أن المراد عقد بلفظ مخصوص ، لأن العقد لفظ ، ولذا قال أى بلفظ القرض ونحوه أى كالدين وكقوله : أعطنى درهما لأرد عليك مثله ، وقدمنا عن الهداية أنه يصح بلفظ الإعارة (قوله بمنزلة الجنس) أى من حيث شموله القرض وغيره ، وليس جنسا حقيقيا ، لعدم الماهية الحقيقية كما عرف فى موضعه ، واعترض بأن الذى بمنزلة الجنس قوله عقد مخصوص ، وأما هذا فهو بمنزلة الفصل خرج به مالا يرد على دفع مال كالنكاح وفيه أن النكاح لم يدخل فى قوله عقد مخصوص أى بلفظ القرض ونحوه كما علمت فصار الذى بمنزلة الجنس هو مجموع قوله عقد مخصوص يرد على دفع مال تأمل (قوله لآخر) متعلق بقوله دفع (قوله خرج نحو وديعة وهبة) أى خرج وديعة وهبة ونحوهما كعارية وصدقة ، لأنه يجب رد عين الوديعة والعارية ولايجب رد شئ فى الهبة والصدقة (قوله فى مثلى) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز والبيض .

وحاصله : أن المثلى مالا تتفاوت آحاده أى تفاوتا تختلف به القيمة فإن نحو الجوز تتفاوت آحاده تفاوتا يسيرا (قوله لتعذر رد المثل) علة لقوله لا فى غيره : أى لايصح القرض فى غير المثلى ، لأن القرض إعارة ابتداء ، حتى صح بلفظها معاوضة انتهاء ، لأنه لايمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ، فيستلزم إيجاب المثلى فى الذمة ، وهذا لايتأتى فى غير المثلى قال فى البحر : ولا يجوز فى غير المثلى ، لأنه لايجب دينا فى الذمة ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح والمقبوض بقرض فاسد يتعين للرد ، وفى القرض الجائز لايتعين بل يرد المثل ، وإن كان قائما وعن أبى يوسف ليس له إعطاء غيره إلا برضاه وعارية ماجاز قرضه قرض ومالا يجوز قرضه عارية اه أى قرض مالا يجوز قرضه عارية من حيث إنه يجب رد عينه لامطلقا لما علمت من أنه يملك بالقبض تأمل (قوله كمقبوض ببيع فاسد) أى فيفيد الملك بالقبض كما علمت ، وفى جامع الفصولين القرض الفاسد يفيد الملك ، حتى لو استقرض بيتا فقبضه ملكه ، وكذا سائر الأعيان وتجب القيمة على المستقرض كما لو أمر بشراء قن بأمة المأمور ففعل فالقن للآمر

فيحرم الانتفاع به لابيعه لثبوت الملك جامع الفصولين (فيصح استقراض الدراهم والدنانير وكذا) كل (مايكال أو يوزن أو يعد متقاربا فصح استقراض جوز وبيض) وكاغد عددا (ولحم) وزنا وخبز وزنا وعددا كما سيجىء (استقرض من الفلوس الرائجة والعدالى فكسدت فعليه مثلها كاسدة) و (لا) يغرم (قيمتها) وكذا كل مايكال ويوزن لمامر أنه مضمون بمثله فلا عبرة بغلائه ورخصه ذكره فى المبسوط من غير خلاف وجعله فى البزازية وغيرها قول الإمام وعند الثانى عليه قيمتها يوم القبض وعند الثالث قيمتها فى آخر يوم رواجها وعليه الفتوى

(قوله فيحرم الخ) عبارة جامع الفصولين ثم فى كل موضع لايجوز القرض لم يجز الانتفاع به لعدم الحل ، ويجوز بيعه لثبوت الملك كبيع فاسد اه فقوله : ويجوز بيعه بمعنى يصح لا بمعنى يحل إذ لاشك فى أن الفاسد يجب فسخه والبيع مانع من الفسخ فلا يحل كما لايحل سائر التصرفات المانعة من الفسخ كمامر فى بابه ، وبه تعلم مافى عبارة الشارح (قوله وكاغد) أى قرطاس ، وقوله : عددا قيد للثلاثة وماذكره فى الكاغد ذكره فى التتارخانية ، ثم نقل بعده عن الخانية ولا يجوز السلم فى الكاغد عددا لأنه عددى متفاوت اه ولعل الثانى محمول على ما إذا لم يعلم لوعه وصفته (قوله كما سيجىء) أى فى باب الربا حيث قال : ويستقرض الخبز وزنا وعددا عند محمد ، وعليه الفتوى ابن ملك واستحسنه الكمال واختاره المصنف تيسيرا اه . وفى التتارخانية قال أبو حنيفة : لايجوز قرضه واستقراضه لاعددا ولا وزنا وفى رواية عن أبى يوسف مثله وقوله : المعروف أنه لابأس به ، وعليه أفعال الناس جارية والفتوى على قول محمد اه ملخصا ونقل فى الهندية عن الخانية والظهيرية والكافى : أن الفتوى على جواز استقراضه وزنا لاعددا وهو قول الثانى اه ولعله هو المراد بقوله المعروف وسيذكر استقراض العجين والخميرة (قوله والعدالى) بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة ، وباللام المكسورة : وهى الدراهم المنسوبة إلى العدالى ، وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش كذا فى صرف البحر عن البناية ؛

قلت : والمراد بها دراهم غالبة الغش كما وقع التصريح به فى الفتح وغيره بدل لفظ العدالى ، لأن غالبة الغش فى حكم الفلوس من حيث إنها إنما صارت ثمنا بالاصطلاح على ثمنيتها فتبطل ثمنيتها بالكساد ، وهو ترك التعامل بها بخلاف ماكانت فضتها خالصة أو غالبة ، فإنها أثمان خلقة فلا تبطل ثمنيتها بالكساد كما حققناه أول البيوع عند قوله : وصح بثمن حال ومؤجل (قوله فعليه مثلها كاسدة) أى إذا هلكت وإلا فيرد عينها اتفاقا كما فى صرف الشرنبلالية وفيه كلام سيأتى (قوله فلا عبرة بغلائه ورخصه) فيه أن الكلام فى الكساد ، وهو ترك التعامل بالفلوس ونحوها كما قلنا ، والغلاء والرخص غيره ، وكأنه نظر إلى اتحاد الحكم فصح التفريع تأمل : وفى كافى الحاكم لو قال : أقرضنى دانق حنطة فأقرضه ربع حنطة ، فعليه أن يرد مثله وإذا استقرض عشرة أفلس ، ثم كسدت لم يكن عليه إلا مثلها فى قول أبى حنيفة ، وقالا : عليه قيمتها من الفضة يستحسن ذلك ، وإن استقرض دانق فلوس أو نصف درهم فلوس ، ثم رخصت أو غلت لم يكن عليه إلا مثل عدد الذى أخذه ، وكذلك لو قال أقرضنى عشرة دراهم غلة بدينار ، فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ، ولا ينظر إلى غلاء الدراهم ، ولا إلى رخصها ، وكذلك كل مايكال ويوزن فالقرض فيه جائز ، وكذلك مايعد من البيض والجوز اه وفى الفتاوى الهندية : استقرض حنطة فأعطى مثلها بعد ماتغير سعرها يجبر المقرض على القبول (قوله وجعله) أى مافى المتن من قوله فعليه مثلها (قوله وعند الثانى الخ)حاصله أن الصاحبين اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل ، لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد (١) تعذر رد عينها كما قبضها فيجب رد قيمتها ، وظاهر الهداية اختيار قولهما فتح ؛

---

(١) قوله (لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد الخ) ظاهره أنها لو كانت قائمة فيرها لكنه لايمكن رد عينها أيضا وهو خلاف ما قدمناه آنفا عن الشرنبلالية تأمل اه منه .

قال وكذا الخلاف إذا (استقرض طعاما بالعراق فأخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقتراضه عند الثانى وعند الثالث يوم اختصما وليس عليه أن يرجع) معه (إلى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلد الطعام فيه رخيص فلقيه المقرض فى بلد الطعام فيه غال فأخذه الطالب بحقه فليس له حبس المطلوب ويؤمر المطلوب بأن يوثق له) بكفيل (حتى يعطيه طعامه فى البلد الذى أخذه منه استقرض شيئا من الفواكه كيلا أو وزنا فلم يقبضه حتى انقطع فإنه يجبر صاحب القرض على تأخيره إلى مجىء الحديث إلا أن يتراضيا على القيمة) لعدم وجوده بخلاف الفلوس إذا كسدت وتمامه فى صرف الخانية

ثم إنهما اختلفا فى وقت الضمان قال فى صرف الفتح : وأصله اختلافهما فيمن غصب مثليا فانقطع فعند أبى يوسف تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد : يوم القضاء وقولها : أنظر للمقرض من قول الإمام ، لأن فى رد المثل إضرارا به ثم قول أبى يوسف : أنظر له أيضا ، لأن قيمته يوم القرض أكثر من يوم الانقطاع وهو أيسر أيضا فإن ضبط وقت الانقطاع عسر اه ملخصا . ولم يذكر حكم الغلاء والرخص ، وقدمنا أول البيوع أنه عند أبى يوسف تجب قيمتها يوم القبض أيضا ، وعليه الفتوى كما فى البزازية والذخيرة والخلاصة ، وهذا يؤيد ترجيح قوله فى الكساد أيضا وحكم البيع كالقرض ، إلا أنه عند الإمام يبطل البيع ، وعند أبى يوسف لا يبطل وعليه قيمتها يوم البيع فى الكساد والرخص والغلاء كما قدمناه أول البيوع (قوله فآخذه) بمد الهمزة أى طلب أخذه منه (قوله بالعراق يوم اقتراضه) متعلقان بقوله قيمته ، والثانى يغنى عن الأول (قوله وعند الثالث يوم اختصما) وعبارة الخانية : قيمته بالعراق يوم اختصما فأفاد أن الواجب قيمته يوم الاختصام التى فى بلد القرض فكان المناسب ذكر قوله بالعراق هنا وإسقاطه من الأول كما فعله فى الذخيرة (قوله فيأخذ طعامه) أى مثله فى بلد القرض (قوله ولو استقرض الطعام الخ) هذه هى المسألة الأولى وهى مالو ذهب إلى بلدة غير بلدة القرض وقيمة البلدتين مختلفة لأن العادة أن الطعام فى مكة أغلى منه فى العراق ، وهذه رواية أخرى وهى قول الإمام كما صرح به فى الذخيرة ، فإنه ذكر أولا مامر من حكاية القولين :

ثم قال مانصه : بشر عن أبى يوسف رجل أقرض رجلا طعاما أو غصبه إياه وله حمل ومؤنة والتقيا فى بلدة أخرى الطعام فيها أغلى أو أرخص ، فإن أبا حنيفة قال : يستوثق له من المطلوب حتى يوفيه طعامه حيث غصب أو حيث أقرضه ، وقال أبو يوسف : إن تراضيا على هذا فحسن وأيهما طلب القيمة أجبر الآخر عليه : وهى القيمة فى بلد الغصب أو الاستقراض والقول فى ذلك قول المطلوب ولو كان الغصب قائما بعينه أجبر على أخذه لا على القيمة اه وفيها أيضا وذكر القدورى فى شرحه إذا استقرض دراهم بخارية ، والتقيا فى بلدة لا يقدر فيها على البخارية فإن كان ينفق فى ذلك البلد ، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبا وجائيا واستوثق منه ، وإن كان البلد لا ينفق فيها وجب القيمة اه :

وقدمنا أول البيوع أن الدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة ، فلذا أوجب القيمة إذا كانت لا تنفق فى ذلك البلد لبطلان الثمنية بالكساد ، كما قدمناه وبهذا ظهر أنه لو كانت الدراهم فضتها خالصة أو غالبة كريال الفرنجى فى زماننا فالواجب رد مثلها ، وإن كانا فى بلدة أخرى ، لأن ثمنية الفضة لا تبطل بالكساد ، ولا بالرخص أو الغلاء ويدل عليه ماقدمناه عن كافى الحاكم من أنه لا ينظر إلى غلاء الدراهم ، ولا إلى رخصها هذا ما ظهر لى فتأمل وانظر ما كتبناه أول البيوع (قوله استقرض شيئا من الفواكه الخ) المراد ماهو كيلى أو وزنى إذا استقرضه ثم انقطع عن أيدى الناس ، قبل أن يقبضه إلى المقرض ، فعند أبى حنيفة يجبر المقرض على التأخير إلى إدراك

(ويملك) المستقرض (القرض بنفس القبض عندهما) أى الإمام ومحمد خلافا للثانى فله رد المثل ولو قائما خلافا له بناء على انعقاده بلفظ القرض وفيه تصحيحان وينبغى اعتماد الانعقاد لافادته الملك للحال بحر فجاز شراء المستقرض القرض ولو قائما من المقرض

الجديد ليصل إلى عين حقه ، لأن الانقطاع بمنزلة الهلاك ، ومن مذهبه أن الحق لا ينقطع عن العين بالهلاك ، وقال أبو يوسف : هذا لايشبه كساد الفلوس ، لأن هذا مما يوجد ، فيجبر المقرض على التأخير إلا أن يتراضيا على القيمة ، وهذا فى الوجه كما لو التقيا فى بلد الطعام فيه غالب فليس له حبسه ويوثق له بكفيل حتى يعطيه إياه فى بلده ذخيرة ملخصا (قوله بنفس القبض) أى قبل أن يستهلكه (قوله خلافا للثانى) حيث قال لايملك المستقرض القرض مادام قائما كما فى المنح آخر الفصل اه ح (قوله فله رد المثل) أى لو استقرض كرّ برّ مثلا وقبضه فله حبسه ورد مثله ، وإن طاب المقرض رد العين ، لأنه خرج عن ملك المقرض ، وثبت له فى ذمة المستقرض مثله لاعينه ولو قائما (قوله بناء على انعقاده الخ) هكذا نقل هذه العبارة هنا فى المنح عن البحر ، ونقل أيضا عن الزيلعى : أنهم اختلفوا فى انعقاده بلفظ القرض ، قيل ينعقد ، وقيل لا ، وقيل الأول قياس قولهما والثانى قياس قوله اه :

قلت : والعبارتان غير مذكورتين فى هذا الفصل من البحر ، وشرح الزيلعى وإنما ذكرهما فى كتاب النكاح عند قول الكنز وينعقد بكل ما وضع لتمليك العين فى الحال فالضمير فى انعقاده فى عبارة البحر المذكورة فى الشرح ، وعبارة الزيلعى التى نقلناها عائدة على النكاح لا على القرض كما يوهمه كلام الشارح تبعا للمنح ، وهذا أمر عجيب . نعم لهذه المسألة مناسبة هنا وذلك أن ظاهر كلام المتن ترجيح قولهما ، فكان المناسب للشارح أن يقول : وعلى هذا ينبغى اعتماد انعقاد النكاح بلفظ القرض ، وهو أحد التصحيحين لإفادته الملك للحال فافهم :

مطلب فى شراء المستقرض القرض من المقرض

(قوله فجاز شراء المستقرض القرض) تفريع على قولهما ، والمراد شراؤه مافي ذمته لاعين القرض الذى فى يده وحينئذ فقوله : ولو قائما فيه استخدام ، لأنه عائد إلى عين القرض الذى فى يده ، وبيان ذلك أنه تارة يشترى مافى ذمته للمقرض وتارة مافى يده أى عين مااستقرضه ، فإن كان الأول ففى الذخيرة اشترى من المقرض الكر الذى له عليه بمائة دينار جاز لأنه دين عليه لابعقد صرف ولا سلم ، فإن كان مستهلكا وقت الشراء فالجواز قول الكل لأنه ملكه بالاستهلاك وعليه مثله فى ذمته بلا خلاف ، وإن كان قائما فكذلك عندهما وعلى قول أبى يوسف ينبغى أن لايجوز لأنه لايملكه مالم يستهلكه ، فلم يجب مثله فى ذمته فإذا أضاف الشراء إلى الكر الذى فى ذمته فقد أضافه إلى معدوم فلا يجوز اه وهذا فى الشرح وإن كان الثانى ففى الذخيرة أيضا : استقرض من رجل كرا وقبضه ثم اشترى ذلك الكر بعينه من المقرض لايجوز على قولهما ، لأنه ملكه بنفس القبض فيصير مشتريا ملك نفسه أما على قول أبى يوسف فالكرّ باق على ملك المقرض فيصير المستقرض مشتريا ملك غيره فيصح وبقى مالو كان المستقرض هو الذى باع الكر من المقرض ، فيجوز على قولهما ، لأنه باع ملك نفسه : واختلفوا على قول أبى يوسف ، بعضهم قالوا يجوز ، لأن المستقرض على قوله وإن لم يملك الكر بنفس القرض ، إلا أنه يملك التصرف فيه بيعا وهبة واستهلاكا ليصير متملكا له وبالبيع من المقرض صار متصرفا فيه ، وزال عن ملك المقرض فصح البيع منه اه ملخصا

بدراهم مقبوضة فلو تفرقا قبل قبضها بطل لأنه افتراق عن دين بزازية فليحفظ (أقرض صبيا) محجورا (فاستهلكه الصبي لايضمن) خلافا للثانى (وكذا) الخلاف لو باعه أو أودعه ومثله (المعتوه ولو) كان المستقرض (عبدا محجورا لايؤاخذبه قبل العتق) خلافا للثانى (وهو كالوديعة) سواء خانية وفيها (استقرض من آخر دراهم فأتاه المقرض بها فقال المستقرض ألقها فى الماء فألقاها) قال محمد (لاشىء على المستقرض) وكذا الدين والسلم بخلاف الشراء والوديعة فإنه بالإلقاء يعد قابضا والفرق أن له إعطاء غيره فى الأول لا الثانى وعزاه لغريب الرواية (و) فيها (القرض لايتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد منها لايبطله ولكنه يلغو شرط رد شىء آخر فلو استقرض الدراهم المكسورة على أن يؤدى صحيحا كان باطلا) وكذا لو أقرضه طعاما بشرط رده فى مكان آخر (وكان عليه مثل ماقبض) فإن قضاه أجود بلا شرط جاز ويجبر الدائن على قبول الأجود وقيل لا بحر

(قوله بدراهم مقبوضة الخ) فى البزازية من آخر الصرف إذا كان له على آخر طعام ، أو فلوس فاشتراه من عليه بدراهم وتفرقا قبل قبض الدراهم ، بطل وهذا مما يحفظ ، فإن مستقرض الحنطة أو الشعير يتلفها ، ثم يطالبه المالك بها ويعجز عن الأداء فيبيعها مقرضها منه بأحد النقدين إلى أجل ، وإنه فاسد لأنه إفتراق عن دين بدين اه وفيها فى الفصل الثالث من البيوع والحيلة فيه أن يبيع الحنطة ونحوها بثوب ، ثم يبيع الثوب منه بدراهم ويسلم الثوب إليه اه (قوله أقرض صبيا محجورا فاستهلكه) قيد بالمحجور ، لأنه لو كان مأذونا فهو كالبالغ وبالاستهلاك لأنه لو بقيت عينه ، فللمالك أن يسترده ، ولو تلف بنفسه لايضمن اتفاقا كما فى جامع الفصولين (قوله خلافا للثانى) فإنه يضمن قال فى الهندية عن المبسوط وهو الصحيح ط (قوله وكذا الخلاف لو باعه) أى باع من الصبى أو أودعه أى واستهلكهما ، ولاحاجة إلى ذكر قوله أو أودعه لتصريح المصنف به فى قوله وهو كالوديعة اه ط (قوله خلافا للثانى) فيؤاخذبه حالا كالوديعة عنده هندية ط (قوله وهو) أى الأقراض لهؤلاء (قوله وكذا الدين والسلم) أى لوجاء المديون أو رب السلم بدراهم ليدفعها إلى الدائن عن دينه ، أو إلى المسلم إليه عن رأس المال فقال له ألقها الخ (قوله بخلاف الشراء والوديعة) المراد بالشراء المشرى : أى لوجاء البائع بالمشرى أو المودع بالوديعة فقال له المشترى أو صاحب الوديعة : ألق ذلك فى الماء فألقاه صح الأمر ، ويكون ذلك على الآمر ، ويصير قابضا لأن حقه متعين ، لأنه ليس للبائع إعطاء غير المبيع ، ولا للمودع إعطاء غير الوديعة ، بخلاف المقرض ، والمديون ورب السلم فإن له أن يبدل ماجاء به ، ويعطى غيره لأنه قبل القبض باق على ملكه وقيد فى المنح الشراء بما إذا كان صحيحا أى لأن الفاسد لايفيد الملك قبل القبض فيكون على ملك البائع (قوله وعزاه لغريب الرواية) ظاهره أن الضمير عائد على صاحب الخانية ، لأنه نقل مافى المتن عنها مع أن مافى الشرح لم أره فى الخانية وإنما عزاه المصنف إلى غريب الرواية (قوله وفيها) أى فى الخانية معطوف على قوله وفيها (قوله شرط رد شىء آخر) الظاهر أن أصل العبارة كشرط رد شىء آخر اه ح (قوله وقيل لا) هذا هو الصحيح كما فى الخانية ، وفيها ولو كان الدين مؤجلا فقضاه قبل حلول الأجل يجبر على القبول اه وذكر الشارح إعطاء الأجود ولم يذكر الزيادة وفى الخانية : وإن أعطاه المديون أكثر مما عليه وزنا ، فإن كانت الزيادة تجرى بين الوزنين أى بأن كانت تظهر فى ميزان دون ميزان جاز وأجمعوا على أن الدانق فى المائة يسير يجرى بين الوزنين وقدر الدرهم والدرهمين كثير لايجوز واختلفوا فى نصف الدرهم قال الدبوسى : إنه فى المائة كثير يرد على صاحبه ، فإن كانت كثيرة لاتجرى بين الوزنين إن لم يعلم المديون بها ترد على صاحبها ، وإن علم وأعطاها اختيارا إن كانت الدراهم المدفوعة مكسرة أو صحاحا لا يضرها التبعيض لايجوز إذا علم الدافع والقابض وتكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وإن كان لايضره (١) . التبعيض وعلما جاز وتكون

---

(١) قوله (لايضره) لعل الصواب إسقاط لا اه منه .

وفى الخلاصة القرض بالشرط حرام والشرط لغو بأن يقرض على أن يكتب به إلى بلد كذا ليوفى دينه وفى الأشباه كل قرض جر نفعا حرام فكره للمرتهن سكنى المرهونة بإذن الراهن :

[فروع] استقرض عشرة دراهم وأرسل عبده لأخذها فقال المقرض دفعته إليه وأقر العبد به وقال دفعتها إلى مولاى فأنكر المولى قبض العبد العشرة فالقول له ولا شىء عليه ولا يرجع المقرض على العبد لأنه أقر أنه قبضها بحق انتهى :

عشرون رجلا جاءوا واستقرضوا من رجل وأمروه بالدفع لأحدهم فدفع ليس له أن يطلب منه إلا حصته : قلت : ومفاده صحة التوكيل بقبض القرض لا بالاستقراض قنية

هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة اه وسيذكر الشارح بعضه أول باب الربا (قوله بأن يقرض الخ) هذا يسمى الآن بالوصية قال فى الدرر كره للسفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته : وهى شىء محكم ويسمى هذا القرض به لأحكام أمره وصورته : أنه يدفع إلى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه إلى صديقه فى بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق اه : وقال فى الخانية : وتكره السفتجة إلا أن يستقرض مطلقا ويوفى بعد ذلك فى بلد أخرى من غير شرط اه وسيأتى تمام الكلام عليها آخر كتاب الحوالة :

مطلب كل قرض جر نفعا حرام

(قوله كل قرض جر نفعا حرام) أى إذا كان مشروطا كما علم مما نقله عن البحر ، وعن الخلاصة وفى الذخيرة وإن لم يكن النفع مشروطا فى القرض ، فعلى قول الكرخى لا بأس به ويأتى تمامه (قوله فكره للمرتهن الخ) الذى فى رهن الأشباه يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الراهن اه سائحانى :

قلت : وهذا هو الموافق لما سيذكره المصنف فى أول كتاب الرهن وقال فى المنح هناك ، وعن عبد الله ابن محمد بن أسلم السمرقندى ، وكان من كبار علماء سمرقند إنه لا يحل له أن ينتفع بشىء منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن ، لأنه أذن له فى الربا لأنه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا ، فتكون ربا وهذا أمر عظيم :

قلت : وهذا يخالف لعامة المعتبرات من أنه يحل بالإذن إلا أن يحمل على الديانة وما فى المعتبرات على الحكم ثم رأيت فى جواهر الفتاوى إذا كان مشروطا صار قرضا فيه منفعة وهو ربا وإلا فلا بأس به اه ما فى المنح ملخصا وتعقبه الحموى بأن ما كان ربا لا يظهر فيه فرق بين الديانة والقضاء على أنه لا حاجة إلى التوفيق بعد أن الفتوى على ما تقدم أى من أنه يباح :

قلت : وما فى الجواهر يفيد توفيقا آخر بحمل ما فى المعتبرات على غير المشروط ، وما مر على المشروط ، وهو أولى من إبقاء التنافى : ويؤيده ما ذكروه فيما لو أهدى المستقرض للمقرض إن كانت بشرط كره وإلا فلا وأفتى فى الخيرية فيمن رهن شجر الزيتون على أن يأكل المرتهن ثمرته لنظير صبره بالدين بأنه يضمن (قوله دفعته) أى القرض والأولى دفعتها أى العشرة (قوله فأنكر المولى الخ) مفهومه أنه إذا أقر بقبض العبد يلزمه لما فى الخانية ، ولو أرسل رسولا إلى رجل وقال : ابعث إلى بعشرة دراهم قرضا فبعث بها مع رسوله كان الآمر ضامنا لها إذا أقر أن رسوله قبضها اه (قوله لأنه أقر أنه قبضها بحق) وهو كونه نائبا عن سيده فى القبض (قوله ليس اه) أى ليس للمقرض أن يطلب منه أى من القابض إلا حصته من القرض ، لأنه قبض الباقى بالوكالة عن رفقته (قوله لا بالاستقراض) هذا منصوص عليه ففى جامع الفصولين بعث رجلا ليستقرضه فأقرضه فضاع فى يده فلو قال : أقرض للمرسل ضمن مرسله ، ولو قال : أقرضنى للمرسل ضمن رسوله :

وفيها استقراض العجين وزنا يجوز وينبغي جوازه فى الخميرة بلا وزن سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خميرة يتعاطاها الجيران أيكون ربا فقال «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح»

وفيها شراء الشيء اليسير بثمن غال لحاجة القرض يجوز ويكره وأقره المصنف :

قلت : وفي معروضات المفتى أبي السعود لو ادان زيد العشرة باثنى عشر أو بثلاثة عشر بطريق المعاملة فى زماننا بعد أن ورد الأمر السلطانى وفتوى شيخ الإسلام بأن لاتعطى العشرة بأزيد من عشرة ونصف ونبه على ذلك فلم يمتثل ماذا يلزمه؟ فأجاب يعزر ويحبس إلى أن تظهر توبته وصلاحه فيترك

والحاصل : أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض والرسالة بالاستقراض تجوز ، ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للآمر ، ولو مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه يقع للوكيل وله منعه عن آمره اه .

قلت : والفرق أنه إذا أضاف العقد إلى الموكل بأن قال إن فلانا يطلب منك أن تقرضه كذا صار رسولا والرسول سفير ومعبر بخلاف ما إذا أضافه إلى نفسه بأن قال : أقرضنى كذا أو قال : أقرضنى لفلان كذا ، فإنه يقع لنفسه ، ويكون قوله لفلان بمعنى لأجله ، وقالوا إنما لم يصح التوكيل بالاستقراض ، لأنه توكيل بالتكدى وهو لا يصح .

قلت : ووجهه أن القرض صلة وتبرع ابتداء فيقع للمستقرض إذا لاتصح النيابة فى ذلك فهو نوع من التكدى بمعنى الشحاذة هذا ما ظهر لى (قوله استقراض العجين وزنا يجوز) هو المختار مختار الفتاوى واحترز بالوزن عن المجازفة ، فلا يجوز بحر ط (قوله ما رآه المسلمون) هو من حديث أحمد عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال « إن الله نظر إلى قلوب العباد فاختار له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون الخ » وهو موقوف حسن وتمامه فى المقاصد الحسنة ط (قوله يجوز ويكره) أى يصح مع الكراهة وهذا لو الشراء بعد القرض لما فى الذخيرة ، وإن لم يكن النفع مشروطا فى القرض ، ولكن اشترى المستقرض من المقرض بعد القرض متاعا بثمن غال ، فعلى قول الكرخى لا بأس به وقال الخصاف : ما أحب له ذلك وذكر الحلوانى أنه حرام ، لأنه يقول لو لم أكن اشتريته منه طالبنى بالقرض فى الحال ، ومحمد لم ير بذلك بأسا وقال جواهر زاده : ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة مشروطة وذلك مكروه بلا خلاف ، وما ذكره محمد محمول على ما إذا كانت غير مشروطة وذلك غير مكروه بلا خلاف ، هذا إذا تقدم الاقراض على البيع ، فان تقدم البيع بأن باع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ثم أقرضه ستين دينارا أخرى ، حتى صار له على المستقرض مائة دينار ، وحصل للمستقرض ثمانون دينارا ذكر الخصاف أنه جائز وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهوله ، ويقولون إنه قرض جر منفعة إذ لولاه لم يتحمل المستقرض غلاء الثمن ومن المشايخ من قال : يكره لو كانا فى مجلس واحد وإلا فلا بأس به لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ، فكأنهما وجدا معا فكانت المنفعة مشروطة فى القرض وكان شمس الأئمة الحلوانى يفتى بقول الخصاف وابن سلمة يقول : هذا ليس بقرض جر منفعة بل هذا بيع جر منفعة وهى القرض اه ملخصا وانظر ما سنذكره فى الصرف عند قوله وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة (قوله بطريق المعاملة) هو ما ذكره من شراء الشيء اليسير بثمن غال (قوله بأزيد من عشرة ونصف) وهناك فتوى أخرى بأزيد من أحد عشر والصف وعليها العمل سائحانى ولعله لو رود الأمر بها متأخرا عن الأمر الأول (قوله يعزر) لأن طاعة أمر السلطان بمباح

وفى هذه الصورة هل يرد ما أخذه من الربح لصاحبه ؟ فأجاب : إن حصله منه بالتراضى ورد الأمر بعدم الرجوع لكن يظهر أن المناسب الأمر بالرجوع وأقبح من ذلك السلم حتى أن بعض القرى قد خرجت بهذا الخصومة اهـ .

باب الربا

هو لغة : مطلق الزيادة وشرعا (فضل) ولو حكما فدخل ربا النسيئة

واجبة (قوله ما أخذه من الربح) أى زائدا عما ورد به الأمر ط (قوله إن حصله منه بالتراضى الخ) مفهومه أنه لو أخذه بلا رضاه أنه يثبت له الرجوع بالزائد عما ورد به الأمر وهو غير ظاهر ، لأنه إذا أقرضه مائة وباعه سلعة بثلاثين مثلا بيعا مستوفيا شرائطه الشرعية لم يكن فيه إلا مخالفته الأمر السلطانى لأن مقتضى الأمر الأول أن يبيع السلعة بخمسة فقط ، لتكون العشرة بعشرة ونصف ومقتضى الأمر الثانى أن يبيعها بخمسة عشر ، لتكون العشرة بأحد عشر ونصف ، ولا يخفى أن مخالفة الأمر لاتقتضى فساد البيع ، لأن ذلك لايزيد على مخالفة أمر الله تعالى بالسعى وترك البيع وقت النداء ، فإذا باع وترك السعى يكره البيع ، ولا يفسد فكذا هنا بالأولى على أنه إذا فسد البيع وجب الفسخ ورد جميع الثمن ، وإذا صح وجب جميع الثمن فلا وجه لرد الزائد وأخذ ما ورد به الأمر فقط ، سواء قلنا بصحة البيع أو فساده فتعين أن هذا المفهوم غير مراد فتأمل (قوله لكن يظهر الخ) لاوجه للاستدراك بعد ورود الأمر الواجب الاتباع بعدم الرجوع ط وقد يجاب بأن المراد أن المناسب أن يرد الأمر السلطانى بالرجوع : أى وإن أخذ ما أخذه بالتراضى لكن علمت مافيه (قوله وأقبح من ذلك السلم الخ) أى أقبح من بيع المعاملة المذكور مايفعله بعض الناس من دفع دراهم سلما على حنطة أو نحوها إلى أهل القرى بحيث يؤدى ذلك إلى خراب القرية ، لأنه يجعل الثمن قليلا جدا فيكون إضراره أكثر من إضرار البيع بالمعاملة الزائدة عن الأمر السلطانى ، فيظهر أن المناسب أيضا ورود أمر سلطانى بذلك ليعزر من يخالفه وظاهره أنه لم يرد بذلك أمر والله سبحانه أعلم .

باب الربا

لما فرغ من المرابحة وما يتبعها من التصرف فى المبيع ونحو ذلك من القرض وغيره ذكر الربا ، لأن فى كل منهما زيادة إلا أن تلك الزيادة حلال ، وهذه حرام والحل هو الأصل فى الأشياء والربا بكسر الراء وفتحها خطأ مقصور على الأشهر ويثنى ربوان بالواو على الأصل ، وقد يقال ربيان على التخفيف كما فى المصباح والنسبة إليه ربوى بالكسر والفتح خطأ كما فى المغرب (قوله ولو حكما الخ) تبع فيه النهر لكنه لا يناسب تعريف المصنف فإنه قيده بكونه بمعيار شرعى ، وهذا لايدخل فيه ربا النسيئة ولا البيع الفاسد ، إلا إذا كان فساده لعله الربا فالظاهر من كلام المصنف تعريف ربا الفضل ، لأنه هو المتبادر عند الإطلاق ، ولذا قال فى البحر فضل أحد المتجانسين . نعم هذا يناسب تعريف الكنز بقوله فضل مال بلا عوض فى معاوضة مال بمال اهـ فإن الأجل فى أحد العوضين فضل حكمى بلا عوض ، ولما كان الأجل يقصد له زيادة العوض كما مر فى المرابحة صح وصفه بكونه فضل مال حكما تأمل .

قال فى الشرنبلالية : ومن شرائط الربا عصمة البدلين ، وكونهما مضمونين بالإتلاف فعصمة أحدهما وعدم تقومه لايمنع فشراء الأسير أو التاجر مال الحربى أو المسلم الذى لم يهاجر بجنسه متفاضلا جائز ، ومنها أن لايكون البدلان مملوكين لأحد المتبايعين كالسيد مع عبده ، ولا مشتركين فيهما بشركة عنان أو مفاوضة كما فى البدائع اهـ .

والبيوع الفاسدة فكلها من الربا فيجب رد عين الربا لو قائما لارد ضمانه لأنه يملك بالقبض قنية وبحر (بحال عن عوض) خرج مسألة صرف الجنس بخلاف جنسه (بمعيار شرعي) وهو الكيل والوزن فليس الذرع والعد بربا

وسيأتي بيان هذه المسائل آخر الباب (قوله والبيوع الفاسدة الخ) تبع فيه البحر عن البناية وفيه نظر فإن كثيرا من البيوع الفاسدة ليس فيه فضل خال عن عوض كبيع ماسكت فيه عن الثمن ، وبيع عرض بخمر أو بأم ولد فتجب القيمة ويملك بالقبض ، وكذا بيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض ، وثوب من ثوبين والبيع إلى النيروز ونحو ذلك مما سبب الفساد فيه الجهالة ، أو الضرر أو نحو ذلك نعم يظهر ذلك في الفساد بسبب شرط فيه نفع لأحد العاقدين مما لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ويؤيد ذلك مافي الزيلعي قبيل باب الصرف في بحث مايبطل بالشرط الفاسد حيث قال : والأصل فيه أن كل ماكان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لاما كان مبادلة مال بغير مال أوكان من التبرعات ، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا ، وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات ، لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض ، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة مالايقتضيه العقد ولايلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهوالربا بعينه اه ملخصا (قوله فيجب رد عين الربا لوقائما لارد ضمانه الخ) يعني وإنما يجب رد ضمانه لو استهلكه ، وفي هذا التفريع خفاء ، لأن المذكور قبله أن البيع الفاسد من جملة الربا ، وإنما يظهر لو ذكر قبله أن الربا من جملة البيع الفاسد ، لأن حكم البيع الفاسد أنه يملك بالقبض ويجب رده لو قائما ورد مثله أو قيمته لو مستهلكا ؛

مطلب في الإبراء عن الربا

وذكر في البحر عن القنية ماحاصله : أن شيخ صاحب القنية أفتى فيمن كان يشترى الدينار الردى بخمسة دوانق ثم أبرأه غرماؤه عن الزائد بعد الاستهلاك بأنه يبرأ ، ووافقه بعض علماء عصره ، واستدل له بقول البزدوي : إن من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك العوض فيها بالقبض وخالفه بعضهم قائلا إن الإبراء لايعمل في الربا لأن رده لحق الشرع ، وأيد صاحب القنية الأول بأن الزائد إذا ملكه القابض بالقبض ، واستهلكه وضمن مثله فلو لم يصح الإبراء ولزمه رد مثل ما استهلكه لايرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيدا للملك في الزائد ، فلم يكن في رده فائدة نقض عقدالربا ليجب حتما للشرع ، لأن الواجب حقا للشرع ردعين الربا لوقائما لاردضمانه اه واستحسنه في النهر :

قلت : وحاصله أن فيه حقين حق العبد وهو رد عينه لو قائما ومثله لو هالكا وحق الشرع وهو رد عينه لنقض العقد المنهي شرعا وبعد الاستهلاك لا يتأتى رد عينه فتعين رد المثل وهو محض حق العبد ، ويصح إبراء العبد عن حقه فقول ذلك البعض إن الإبراء لايعمل في الربا لأن رده لحق الشرع إنما يصح قبل الاستهلاك والكلام فيما بعده ؛

ثم اعلم أن وجوب رد عينه لوقائما فيما لو وقع العقد على الزائد أما لو باع عشرة دراهم بعشرة دراهم وزاده دانقا وهبه منه فإنه لايفسد العقد كما يأتي بيانه قريبا (قوله خرج مسألة صرف الجنس بخلاف جنسه) كبيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير ، فإن للثاني فضلا على الأول لكنه غيرخال عن العوض لصرف الجنس لخلاف جنسه والممنوع فضل المتجانسين (قوله بمعيار شرعي) متعلق بمحذوف صفة لفضل أو حال منه ولو أسقط هذا القيد لشمل التعريف ربا النساء ، ويمكنه الاحتراز عن الذرع والعد بالتصريح بنفيه (قوله فليس الذرع والعد بربا) أي بذي ربا أو بمعيار ربا فهو على حذف مضاف أو الذرع والعد بمعنى المذروع والمعدود : أي لايتحقق فيهما ربا

(مشروط) ذلك الفضل (لأحد المتعاقدين) أى بائع أو مشتر فلو شرط لغيرهما فليس بربا بل بيعا فاسدا (فى المعاوضة) فليس الفضل فى الهبة بربا فلو شرى عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم وزاده دانقا إن وهبه منه انعدم الربا ولم يفسد الشراء وهذا إن ضرها الكسر لأنها هبة مشاع لايقسم كما فى المنح عن الذخيرة عن محمد : وفى صرف المجمع أن صحة الزيادة والحط قول الإمام وأن محمدا أجاز الحط وجعله هبة مبتدأة كحط كل الثمن وأبطل الزيادة قال ابن ملك والفرق بينهما خفى عندى

والمراد ربا الفضل لتحقق ربا النسيئة ، فلو باع خمسة أذرع من الهروى بستة أذرع منه أو بيضة ببيضتين جاز لو يدا بيد لا لونسيئة لأن وجود الجنس فقط يحرم النساء لا الفضل كوجود القدر فقط كما يأتى (قوله مشروط) تركه أولى فإنه مشعر بأن تحقق الربا يتوقف عليه وليس كذلك والحد لايتم بالعناية قهستانى فإن الزيادة بلا شرط ربا أيضا لا أن يهبها على ماسيأتى (قوله أى بائع أو مشتر) أى مثلا فمثلهما المقرضان والراهنان قهستانى قال : ويدخل فيه ماإذا شرط الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس وشرب اللبن وأكل الثمر فإن الكل ربا حرام كما فى الجواهر والنتف اه ط (قوله فلو شرط لغيرهما فليس بربا) عزاه فى البحر إلى شرح الوقاية وهذا مبنى على ماحققناه من أن البيوع الفاسدة ليست كلها من الربا بل مافيه شرط فاسد فيه نفع لأحد المتعاقدين فافهم (قوله بل بيعا فاسدا) عطف على محل خبر ليس ط ، وهذا مبنى على ماقدمه فى باب البيع الفاسد من أن الأظهر الفساد بشرط النفع للأجنبى ،وبه اندفع مافى حواشى مسكين (قوله فليس الفضل فى الهبة بربا)أى وإن كان مشروطا ط عن الدر المنتقى أى كما لو قال وهبتك كذا بشرط أن تخدمنى شهرا فإن هذا شرط فاسد لاتبطل الهبة به كما سيأتى قبيل الصرف ، وظاهر ماهنا أنه لو خدمه لم يكن فيه بأس (قوله فلو شرى الخ) تفريع على مفهوم قوله مشروط (قوله وزاده دانقا) أى ولو لم يكن مشروطا فى الشراء كما هو فى عبارة الذخيرة المنقول عنها ، فلو مشروطا وجب رده لو قائما كما مر عن القنية . ثم إن قوله وزاده بضمير المذكر يفيد أن الزيادة مقصودة وذكر ح أن الذى فى المنح زادت بالتاء أى زادت الدراهم ومفاده أن الزيادة غير مقصودة لكن الذى رأيته فى المنح عن الذخيرة بدون تاء وكذا فى البحر عنها وكذا رأيته فى الذخيرة أيضا فافهم (قوله وهذا) أى انعدام الربا بسبب الهبة إن ضرها أى الدراهم الكسر فلو لم يضرها الكسر لم تصح الهبة إلا بقسمة الدانق وتسليمه لإمكان القسمة (قوله وفى صرف المجمع الخ) قال فى الذخيرة من الفصل الرابع فى الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه سوى أبو حنيفة بين الحط والزيادة فحكم بصحتهما والتحاقهما بأصل العقد وبفساد العقد بتسميتهما ، وكذا أبو يوسف سوى بينهما أى فأبطلهما ولم يجعل شيئا منهما هبة مبتدأة ، ومحمد فرق بينهما فصحح الحط هبة مبتدأة دون الزيادة: والفرق أن فى الحط معنى الهبة لأن المحطوط يصير ملكا للمحطوط عنه بلا عوض ، بخلاف الزيادة إذ لو صحت تلتحق بأصل العقد ، ويأخذ حصة من البيع والهبة تمليك بلا عوض ، والتمليك بلا عوض لايصح كناية عن التمليكات بعوض فلذا افترقا اه :

قلت : وتوضيحه أن الحط إسقاط بلا عوض فيجعل كناية عن الهبة لأنها تمليك بلا عوض أيضا ، بخلاف الزيادة فإنها تكون مع باقى الثمن عوضا عن المبيع ، فكانت تمليكا بعوض فلا يصح جعلها كناية عن الهبة فلذا أبطلها (قوله كحط كل الثمن) .وجه الشبه أن حط كل الثمن لولم يجعل هبة مبتدأة التحق بأصل العقد فأفسده لبقائه بلا ثمن وكذا الحط هنا فإنه لو التحق يفوت التماثل ويفسد العقد فلذا جعل هبة مبتدأ (قوله والفرق بينهما خفى عندى) قد أسمعناك الفرق وقال ح : قال الشيخ قاسم :ولكنه ظاهر عندى، لأن من الحط مايمكن أن لايلحق بأصل العقد

قال وفى الخلاصة لو باع درهما بدرهم وأحدهما أكثر وزنا فحلله زيادته جاز لأنه هبة مشاع لايقسم ولو باع قطعة لحم بلحم أكثر وزنا فوهبه الفضل لم يجز لأنه هبة مشاع يقسم .

قلت : وماقدمنا عن الذخيرة عن محمد صريح فى عدم الفرق بينهما وعليه فالكل من الزيادة والحط والعقد صحيح عند محمد وكذا عند الإمام سوى العقد فيفسد لعدم التساوى فليحفظ فإنى لم أر من نبه على هذا (وعلته) أى علة تحريم الزيادة (القدر)

ويجعل هبة مبتدأة بالاتفاق وهو حط جميع الثمن فكان البعض كالكل بخلاف الزيادة فإنها لاتكون إلا ملحقة بالعقد وبذلك يفوت التساوى اه (قوله قال وفى الخلاصة الخ) أى قال ابن ملك ناقلا عن الخلاصة ما يفيد عدم الفرق بين الحط والزيادة فإن قول الخلاصة فحلله أى وهبه زيادته جاز يفيد ذلك (قوله قلت الخ) استدراك على المجمع وتأييد لكلام شارحه ابن ملك (قوله صريح فى عدم الفرق بينهما) أى بين الزيادة والحط فإن ماقدمه من قوله إن وهبه منه انعدم الربا صريح فى أن زيادة الدانق صحيحة عند محمد فينافى قول المجمع إنه أجاز الحط وأبطل الزيادة :

أقول : والذى يظهر لى أن ماقدمه الشارح عن الذخيرة عن محمد صريح فى الفرق بينهما لا فى عدمه ، لأن قوله إن وهبه منه انعدم الربا صريح فى أن الزيادة بدون الهبة باطلة لأن الحط والزيادة فى الثمن أو فى المبيع غير الهبة ولذا يلتحقان بالعقد كما تقدم قبل فصل القرض ، فإذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ودفع خمسة عشر ، فإن جعل الخمسة زيادة فى الثمن وقبل البائع ذلك فى المجلس صح والتحقت بأصل العقد إن كان المبيع قائما ، وإن جعل الخمسة هبة لم تصر زيادة فى الثمن . بل تكون هبة مبتدأة فيراعى لها شروط الهبة من الإفراز والتسليم سواء كان المبيع قائما أولا إذا علمت ذلك ظهر لك أن ما قدمه عن الذخيرة ليس من باب الزيادة فى الثمن أو فى لمبيع لأنه جعله هبة مبتدأة حتى اشترط لها شرط الهبة وهو قوله وهذا إن ضرها الكسر الخ ومثله مانقله ابن ملك عن الخلاصة ، فهذا صريح فى أنه لايصح زيادة ، وإنما يصح هبة بشروطها ولا مخالفة فيه لقول المجمع إن محمدا أبطل الزيادة .

والحاصل : أن محمدا أجاز هنا الحط دون الزيادة لكنه يجعل الحط هبة مبتدأة لاحطا حقيقة لئلا يفسد العقد كامر ، وأما الزيادة فقد أبطلها لأنها لو التحقت بالعقد أفسدته ، ولا يصح جعلها كناية عن الهبة لمامر فلذا بطلت إلا إذا وهبه الزيادة صريحا ، ولذا قال فى الذخيرة ، وإنما جاز هذا الصرف ، لأنه لولم يجز إنما لم يجز لمكان الربا فإذا وهب الدانق منه فقد انعدم الربا اه هكذا يجب أن يفهم هذا المحل فافهم ، ثم لايخفى أن هذا كله إذا لم تكن الزيادة مشروطة كما قدمناه عن الذخيرة ، فلو مشروطة ووقع العقد على الكل وجب نقض العقد لحق الشرع ولا تؤثر الهبة والإبراء إلا بعد الاستهلاك كمامر تحريره عن القنية (قوله وعليه) أى على مافهمه من التنافى بين العبارات المذكورة ، وعلمت عدمه وأن الزيادة إنما تصح إذا صرح بكونها هبة فتكون هبة بشروطها ومع عدم التصريح فهى باطلة وهو الذى فى المجمع (قوله فيفسد) لأن الزيادة والحط يصحان عنده على حقيقتهما لابمعنى الهبة وإذا صحا التحقا بأصل العقد فيفسد لعدم التساوى (قوله وعلته) العلة لغة المرض الشاغل : واصطلاحا مايضاف إليه ثبوت الحكم بلا واسطة وتمامه فى البحر (قوله أى علة تحريم الزيادة) كذا فسر الضمير فى الفتح ، وهو أولى من قول بعضهم : أى علة الربا لأنه وإن كان هو المذكور سابقا لكنه يحتاج إلى تقدير مضاف وهو لفظ تحريم فافهم ، وأراد بالزيادة الحقيقية كما فى قوله بعده أى الزيادة ، وأما كون المراد بها هنا مايشمل الحكمية :

المعهود بكيل أو وزن (مع الجنس فإن وجدا حرم الفضل) أى الزيادة (والنساء) بالمد التأخير فلم يجز بيع قفيز بر بقفيز منه متساويا وأحدهما نساء (وإن عدما) بكسر الدال من باب علم ابن ملك (حلا) كهروى بمرويين لعدم العلة فبقى على أصل الإباحة (وإن وجد أحدهما) أى القدر وحده أو الجنس (حل الفضل وحرم النساء) ولو مع التساوى، حتى لو باع عبدا بعبد إلى أجل لم يجز لوجود الجنسية

وهى الأجل ففيه أن المصنف لم يدخلها فى التعريف كما بيناه ، فالمتبادر إرادة الزيادة المعرفة وهى الحقيقية ، وأيضا فإن قوله القدر مع الجنس يختص بالحقيقية ، لأن علة الحكمية أحدهما كما بينه بعده فقد عرف الحقيقية وبين علتها لكونها هى المتبادرة عند الإطلاق ثم ذكر علة الحكمية تتميما للفائدة فافهم (قوله المعهود بكيل أو وزن) أشار إلى مافى الحواشى السعدية من أن أل فى القدر للعهد ، وبه اندفع مافى الفتح من اعتراضه على الهداية بشموله الذرع والعد ، لكن الأولى أن يقول وعاته الكيل أو الوزن لكونه أوضح ولئلا يرد ماالذكره عن ابن كمال ؛

[تنبيه] ما ينسب إلى الرطل فهو وزنى قال فى الهداية : معناه ما يباع بالأواقى لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اهـ ؛

قلت : وليس المراد بالرطل والأواقى معناهما المتعارف بل المراد بالرطل كل ما يوزن به ، وبالأواقى الأوعية التى يوضع فيها الدهن ونحوه، وتقدر بوزن خاص مثل كوز الزيت فى زمننا فإنه يباع الزيت به ويحسب بالوزن هكذا يفهم من كلامهم ، وعليه فالأواقى جمع واقية من الوقاية وهى الحفظ ؛ لأنها يحفظ بها المائع ونحوه لتعسر وضعه فى الميزان بدونها ، ولذا قال الخير الرملى فعلى هذا الزيت والسمن والعسل ونحوها موزونات وإن كيلت بالمواعين لاعتبار الوزن فيها اهـ (قوله بالمد) أى مع فتح النون (قوله فلم يجز الخ) ترك التفريع على الفضل لظهوره ط أى كبيع قفيز بر بقفيزين منه حالا (قوله متساويا) أما إذا وجد التفاضل مع النساء فالحرمة للفضل أفاده ابن كمال ط (قوله وأحدهما نساء) أى ذو نساء والجملة حالية قال ط : فلو كان كل لسيئة يحرم أيضا لأنه بيع الكالئ بالكالئ ابن كمال أى اللسيئة بالنسيئة كمال .

ثم اعلم أن ذكر النساء للاحتراز عن التأجيل ، لأن القبض فى المجلس لا يشترط إلا فى الصرف وهو بيع الأثمان بعضها ببعض أما ما عداه فإنما يشترط فيه التعيين دون التقابض كما يأتى (قوله كهروى بمرويين) الأولى أن يزيد نسيئة كما عبر فى البحر وغيره ليكون مثالا لحل الفضل والنساء بسبب فقد القدر والجلس ، فإن الثوب الهروى والثوب المروى بسكون الراء جنسان كما يعلم مما يأتى وليسا بمثل ولا موزون (قوله لعدم العلة الخ) لأن عدم العلة وإن كان لا يوجب الحكم لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علته فيبقى عدم الحكم وهو عدم الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الأصلى وإذا عدم سبب الحرمة والأصل فى البيع مطلقا الإباحة إلا ما أخرجه الدليل كان الثابت الحل فتح (قوله أى القدر وحده) كالحنطة بالشعير (قوله أو الجنس) أى وحده كالهروى بهروى مثله (قوله حل الفضل الخ) فيحل كر بر بكرى شعير حالا وهروى بهرويين حالا ، ولو مؤجلا لم يحل .

والحاصل : كما فى الهداية أن حرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما (قوله ولو مع التساوى) مبالغة على قوله وحرم النساء فقط ح (قوله لوجود الجنسية) فيه أن علة الحكم هنا عدم قبول العبد التأجيل لا وجود

واستثنى فى المجمع والدرر إسلام منقود فى موزون كى لا ينسد أكثر أبواب السلم ؛ ونقل ابن الكمال عن الغاية جواز إسلام الحنطة فى الزيت :

قلت : ومفاده أن القدر بانفراده لا يحرم النساء بخلاف الجنس فليحرر وقد مر فى السلم أن حرمة النساء تتحقق بالجنس وبالقدر المتفق قنية ثم فرع على الأصل الأول بقوله

الجنسية ، فلو مثل ببيع هروى بمثله لكان أولى ح (قوله واستثنى فى المجمع الخ) وكذا فى الهداية حيث قال : إلا أنه إذا أسلم النقود فى الزعفران ونحوه : أى كالقطن والحديد والنحاس يجوز الخ قال فى الفتح : فان الوزن فيها مختلف فإنه فى النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات ، وفى الزعفران بالأمناء والقبان ، وهذا اختلاف فى الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوى ، وهو أن النقود لا تتعين والزعفران وغيره يتعين . وآخر حكمى ، وهو أنه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له بيعها قبل الوزن وفى الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن ، فإذا اختلفا أى النقود ونحوه الزعفران فى الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه ثم ضعف فى الفتح هذه الفروق ، وقال : إن الوجه أن يستثنى إسلام النقود فى الموزونات بإجماع كى لا ينسد أكثر أبواب السلم ، وسائر الموزونات غير النقد لا يجوز أن تسلم فى الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد فى قطن وزيت فى جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة إلا فى الذهب والفضة ، فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز إلا فى الحديد ، لأن السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه فى الحديد لاتحاد الجنس ، وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا ، أو إن كان أحدهما أثقل من الآخر ، بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجرى بالفضل وإن كانت لا تباع وزنا لأن الوزن منصوص عليه فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة (قوله ونقل ابن الكمال) عبارة ابن الكمال وعلته الكيل أو الوزن مع الجنس لم يقل القدر مع الجنس ؛ لأن القدر مشترك بين المكيل والموزون ، فعلى تقدير ما ذكر يلزم أن لا يجوز إسلام الموزون فى المكيل ، لأن أحد الوصفين محرم للنساء وقد نص على جواز إسلام الحنطة فى الزيت اه وكتب فى الهامش أن المسألة مذكورة فى غاية البيان اه :

قلت : وحاصل ما ذكره أنه لو عبر بالقدر ثم قال وإن وجد أحدهما الخ . لأفاد تحريم إسلام الموزون فى المكيل لأنه قد وجد القدر وإن كان مختلفا ، بخلاف ما لو عبر بالكيل أو الوزن : أى بأو التى لأحد الشيئين فإنه لا يشمل القدر المختلف لكن فيه أن لفظ القدر مشترك كما قال : ولا يجوز استعماله فى كلام معنييه عندنا فإذا ذكر لابد أن يراد منه إما الكيل وحده أو الوزن وحده ، فيساوى التعبير بالكيل أو الوزن إلا أن يدعى أن القدر مشترك معنوى لا لفظى تأمل (قوله ومفاده) أى مفاد ما ذكر من جواز إسلام منقود فى موزون وإسلام الحنطة فى الزيت فانه قد وجد فى الأول القدر المتفق وفى الثانى القدر المختلف فافهم (قوله فليحرر) تحريره ما أفاده عقبه من أن المراد بقولهم وعلته القدر هو القدر المتفق كبيع موزون بموزون أو مكيل بمكيل ، بخلاف المختلف كبيع مكيل بموزون نسيئة فإنه جائز ويستثنى من الأول إسلام منقود فى موزون بالاجماع كما مر (قوله وقد مر فى السلم الخ) بيان لتحرير المراد لكن اعترض بأن السلم سيأتى بعد ، وهذا على نسخة فتنبه بالفاء ، والأمر بالتنبه وفى بعض النسخ قنية بالقاف اسم الكتاب المشهور ، وصاحب القنية قدم السلم أول البيع فصح قوله وقد مر فى السلم :

[تنبيه] ما أفاده من أن حرمة النساء بالقدر المتفق مؤيد لما نقله ابن كمال من جواز إسلام الحنطة فى الزيت

(فحرم بيع كيلى ووزنى بجنسه متفاضلا ولو غير مطعوم) خلافا للشافعى (كجص) كيلى (وحديد) وزنى ثم اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود كما بسطه الكمال (وحل) بيع ذلك (متماثلا لا متفاضلا (وبلا معيار شرعى) فإن الشرع لم يقدر المعيار بالذرة وبما دون نصف صاع (كحفنة بحفنتين) وثلاث وخمس

لاختلاف القدر لكون الحنطة مكيلا والزيت موزونا : وبقى ما لو أسلم الحنطة فى شعير وزيت أى فى مكيل وموزون . وقد نص فى كافى الحاكم على أنه لا يجوز عندهما ويجوز عند محمد فى حصة الزيت (قوله متفاضلا) أى ونسيئة وتركه لفهمه لزوما فإنه كلما حرم الفضل حرم النساء ولا عكس وكلما حل النساء حل الفضل ولا عكس (قوله خلافا للشافعى) فإنه جعل العلة الطعم والثمنية فما ليس بمطعوم ولا ثمن فليس بربوى (قوله كيلى) قيد به احترازا عما إذا اصطلح الناس على بيعه جزافا فإن التفاضل فيه جائز ، ومثله قوله وزنى فإنه احتراز عما إذا لم يتعارفوا وزنه أو عن بعض أنواعه كالسيف اهـ ح أى فان السيف خرج بالصنعة عن كونه وزنيا فيحل بيعه بجنسه متفاضلا بشرط الحلول كما مر (قوله ثم اختلاف الجنس الخ) الأولى ذكر هذا عند قوله قبله وإن عدما الخ لأنه لا ذكر هنا لاختلاف الجنس إلا أن يقال : إن قوله بجنسه يستدعى معرفة ما يختلف به الجنس ليعلم ما يتحد به (قوله كما بسطه الكمال) حيث قال بعد ما تقدم فالحنطة والشعير جنسان ، خلافا لمالك لأنهما مختلفان اسما ومعنى وإفراد كل عن الآخر فى قوله صلى الله عليه وسلم « الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير » يدل عليه وإلا قال الطعام بالطعام والثوب الهروى والمروى جنسان لا ختلاف الصنعة الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الأرمنى والطالقانى جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبة أجناس ، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والجيرى جنسان والأدهان المختلفة أصولها أجناس ، ولايجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة اهـ ملخصا ، وسيذكر الشارح أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو بتبدل الصفة ويأتى بيانه (قوله متماثلا) الشرط تحقق ذلك عند العقد: ففى الفتح لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك ، فظهرا متساويين لم يجز خلافا لزفر ، لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز اهـ لكن ذكر فى البحر أول كتاب الصرف عن السراج : لو تبايعا ذهبا بذهب أو فضة بفضة مجازفة لم يجز فان علم التساوى فى المجلس وتفرقا عن قبض صح اهـ فيحمل الأول على ما إذا علم التساوى بعد المجلس تأمل (قوله لا متفاضلا) صرح به وإن علم بالمقابلة بما قبله إشارة إلى أن المراد التماثل فى القدر فقط لما قدمه فى البيع الفاسد من أنه لا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة لكونه غير مفيد تأمل (قوله وبلا معيار شرعى) قال فى الفتح : لما حصروا المعرف فى الكيل والوزن أجازوا ما لايدخل تحت الكيل مجازفة كتفاحة بتفاحتين وحفنة بحفنتين لعدم وجود المعيار المعروف للمساواة ، فلم يتحقق الفضل ، ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإتلاف لا بالمثل ثم قال : وهذا إذا لم يبلغ كل واحد من البدلين نصف صاع ، فلو بلغه أحدهما لم يجز حتى لايجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة اهـ ثم رجح الحرمة مطلقا ويأتى بيانه (قوله لم يقدر المعيار بالذرة) وقال فى البحر : لو باع ما لا يدخل تحت الوزن ، كالذرة من ذهب وفضة بما لايدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا إذ لايدخل تحت الوزن اهـ وظاهر قوله كالذرة أنها غير قيد ، ويؤيده قول المصنف وذرة من ذهب الخ ، فيشمل الذرتين والأكثر مما لايوزن ، والظاهر أن الحبة معيار شرعا لصف درهم بنصف إلا حبة لم يجز كما سيأتى آخر الصرف ، فقد اعتبروا الحبة مقدارا شرعيا . وفى الفتح عن الأسرار : ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له اهـ ومقتضاه أن ما دون الحبة فى حكم الذرة ، فالمراد بالذرة هنا مالا يبلغ حبة فافهم (قوله كحفنة) بفتح المهملة

مالم يبلغ نصف صاع (وتفاحة بتفاحتين وفلس بفلسين) أو أكثر (بأعيانهما) لو أخره لكان أولى لما فى النهر أنه قيد فى الكل، فلو كانا غير معينين أو أحدهما لم يجز اتفاقا (وتمرة بتمرتين) وبيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين وإناء بأثقل منه مالم يكن من أحد النقدين فيمتنع التفاضل فتح وإبرة بإبرتين (وذرة من ذهب وفضة مما لايدخل تحت الوزن بمثليها) فجاز الفضل لفقد القدر، وحرم النساء لوجود الجنس حتى لو انتفى كحفنة بر بحفنتى شعير فيحل مطلقا لعدم العلة وحرم الكل محمد

وسكون الفاء ملء الكفين كما فى الصحاح والمقاييس، لكن فى المغرب والقاموس والطلبة والنهاية ملء الكف قهستانى (قوله ما لم يبلغ نصف صاع) أى فإذا بلغ نصف صاع لم يصح بيعه بحفنة كما ذكرناه آنفا عن الفتح (قوله وفلس بفلسين) هذا عندهما وقال محمد: لايجوز. ومبنى الخلاف على أن الفلوس الرائجة أثمان، والأثمان لا تتعين بالتعيين، فصار عنده كبيع درهم بدرهمين، وعندهما لما كانت غير أثمان خلقة بطلت ثمنيتها باصطلاح العاقدين، وإذا بطلت تتعين بالتعيين كالعروض وتمامه فى الفتح (قوله بأعيانهما) أى بسبب تعين ذات البدلين ونقديتهما فالباء للسببية لا بمعنى مع كما ظن، فإنه حال ولم يجز تنكير صاحبها كما تقرر قهستانى:

قلت: كون الباء للسببية بعيد، لأن قوله بأعيانهما شرط لصحة البيع لاسبب، وكونها بمعنى مع لايلزم كونه حالا بل يجوز كونه صفة تأمل (قوله إنه قيد فى الكل) المتبادر من كلام الفتح وغيره أنه قيد لقوله وفلس بفلسين. وقد يقال يعلم أنه قيد للكل بالأولى لأنه إذا اشترط التعيين فى مسئلة الفلوس مع الاختلاف فى بقائها أثمانا أولا ففى غيرها بالأولى، إذ لا خلاف فى أن غيرها ليس أثمانا بل فى حكم العروض فلا بد من تعيينها تأمل (قوله فلو كانا) أى البدلان وهذا بيان لمحترز قوله بأعيانهما (قوله لم يجز اتفاقا) قال فى النهر بعده غير أن عدم الجواز عند انتفاء تعينهما باق وإن تقابضا فى المجلس، بخلاف ما لو كان أحدهما فقط وقبض الدين فإنه يجوز كذا فى المحيط اهـ:

وحاصله: أن الصور أربع ما لو كانا معينين، وهو مسألة المتن الخلافية وما إذا كانا غير معينين، فلا يصح اتفاقا مطلقا وما لو عين أحد البدلين دون الآخر وفيه صورتان، فإن قبض المعين منهما صح وإلا فلا وهذا مخالف لإطلاق المصنف الآتى فى قوله باع فلوسا بمثلها وأتى تمامه (قوله وبيضة ببيضتين) فيه أن هذا مما لم يدخله القدر الشرعى كالسيف والسيفين والإبرة والابرتين، فجواز التفاضل لعدم دخول القدر الشرعى فيهما، ويحرم النساء لوجود الجنس ط والجواب أن قول المصنف: وبلامعيار شرعى أعم من أن يكون مما يمكن تقديره بالمعيار الشرعى أولا فالعلة فى الكل عدم القدر كما صرح به الزيلعى، وأفاده الشارح بعد فافهم (قوله وسيف بسيفين الخ) لأنه بالصنعة خرج عن كونه وزنيا كما قدمناه عن الفتح (قوله وإناء بأثقل منه) أى إذا كان لايباع وزنا لما فى البحر عن الخانية باع إناء من حديد بحديد إن كان الإناء يباع وزنا تعتبر المساواة فى الوزن وإلا فلا، وكذا لو كان الإناء من نحاس أو صفر باعه بصفر اهـ (قوله فيمتنع التفاضل) أى وإن كانت لاتباع وزنا لأن صورة الوزن منصوص عليها فى النقدين، فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالعادة كما قدمناه عن الفتح (قوله مما لا يدخل تحت الوزن) بيان لقوله وذرة أشار به إلى ما قدمناه من أن الذرة غير قيد (قوله بمثليها) أى بمثلى الذرة وفى بعض النسخ بصيغة المفرد، والأولى أولى لموافقته لقوله حفنة بحفنتين الخ (قوله فجاز الفضل الخ) تفريع على جميع ما مر ببيان أن وجه جواز الفضل فى هذه المذكورات كونها غير مقدرة شرعا وإن اتحد الجنس ففقدت إحدى العلتين، فلذا حل الفضل وحرم النساء، ولم يصرح المصنف باشتراط الحلول لعلمه مما سبق (قوله حتى لو انتفى) أى الجنس (قوله فيحل) الأولى إسقاط الفاء لأنه جواب لو (قوله مطلقا) أى حالا

ومحح كما نقله الكمال (ومانص) الشارع (على كوله كيليا) كبر وشعير وتمر وملح (أو وزنيا) كذهب وفضة (فهو كذلك) لايتغير (أبدا فلم يصح ببيع حنطة بحنطة وزنا كما لو باع ذهبا بذهب أو فضة بفضة كيلا) ولو (مع التساوى) لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى (ومالم ينص عليه حمل على العرف) وعن الثانى اعتبار العرف مطلقا ورجحه الكمال

ونسيئة (قوله وصحح كما نقله الكمال) مفاده أن الكمال نقل تصحيحه عن غيزه مع أنه هو الذى بحث ما يفيد تصحيحه ، فإنه ذكر ما مر من عدم التقدير شرعا بما دون نصف صاع ، ثم قال : ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين ، أما إن كان مكاييل أصغر منها كما فى ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصرى فلا شك ، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية فى الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن ، بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره : ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا ، وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال : كل شيء حرم فى الكثير فالقليل منه حرام اه ، فهذا كما ترى تصحيح لهذه الرواية وقد نقل من بعده كلامه هذا وأقروه عليه كصاحب البحر والنهر والمنح والشرنبلالية والمقدسى (قوله كبر وشعير الخ) أى كهذه الأربعة والذهب والفضة فالكاف فى الموضعين استقصائية كما فى الدر المنتقى (قوله ولا يتغير أبدا) أى سواء وافقه العرف أو صار العرف بخلافه (قوله ولو مع التساوى) أى التساوى وزنا فى الحنطة وكيلا فى الذهب لاحتمال التفاضل بالمعيار المنصوص عليه أما لو علم تساويهما فى الوزن والكيل معا جاز ويكون المنظور إليه هو المنصوص عليه :

مطلب فى أن النص أقوى من العرف

(قوله لأن النص الخ) يعنى لايصح هذا البيع وإن تغير العرف فهذا فى الحقيقة تعليل لوجوب اتباع المنصوص قال فى الفتح : لأن النص أقوى من العرف لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا فى إخراج الشموع والسرج إلى المقابر ليالى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ، ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل ، فهو أقوى ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » اه (قوله وما لم ينص عليه) كغير الأشياء الستة (قوله حمل على العرف) أى على عادات الناس فى الأسواق لأنها أى العادة دالة على الجواز فيما وقعت عليه للحديث فتح (قوله وعن الثانى) أى عن أبى يوسف ، وأفاد أن هذه رواية خلاف المشهور عنه (قوله مطلقا) أى وإن كان خلاف النص ، لأن النص على ذلك الكيل فى الشىء أو الوزن فيه ما كان فى ذلك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك كذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم ، وأجيب بأن تقريره صلى الله عليه وسلم إياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف ، لأن العرف لايعارض النص كذا وجه اه فتح (قوله ورجحه الكمال) حيث قال عقب ما ذكرنا : ولا يخفى أن هذا لايلزم أبا يوسف لأن قصاراه أنه كنصه على ذلك وهو يقول : يصار إلى العرف الطارىء بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص ، حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه اه وتمامه فيه :

وحاصله توجيه قول أبى يوسف أن المعتبر العرف الطارىء بأنه لا يخالف النص بل يوافقه ، لأن النص

وخرج عليه سعدى أفندى استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا فى زماننا يعنى بمثله

على كيلية الأربعة ، ووزنية الذهب والفضة مبنى على ما كان فى زمنه صلى الله عليه وسلم من كون العرف كذلك حتى لو كان العرف إذ ذاك بالعكس لورد النص موافقا له ولو تغير العرف فى حياته صلى الله عليه وسلم لنص على تغير الحكم .

وملخصه : أن النص معلول بالعرف فيكون المعتبر هو العرف فى أى زمن كان ولا يخفى أن هذا فيه تقوية لقول أبى يوسف فافهم .

مطلب فى استقراض الدراهم عددا

(قوله وخرج عليه سعدى أفندى) أى فى حواشيه على العناية ولا يختص هذا بالاستقراض بل مثله البيع والإجارة إذ لا بد من بيان مقدار الثمن ، أو الأجرة الغير المشار إليهما ومقدار الوزن لا يعلم بالعد كالعكس ، وكذا قال العلامة البركوى فى أواخر الطريقة المحمدية : أنه لا حيلة فيها إلا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبى يوسف .

لكن ذكر شارحها سيدى عبد الغنى النابلسى ما حاصله : أن العمل بالضعيف مع وجود الصحيح لا يجوز ، ولكن نحن نقول إذا كان الذهب والفضة مضروبين ، فذكر العد كناية عن الوزن اصطلاحا لأن لهما وزنا مخصوصا ولذا نقش وضبط والنقصان الحاصل بالقطع أمر جزئى لا يبلغ المعيار الشرعى ، وأيضا فالدرهم المقطوع عرف الناس مقداره ، فلا يشترط ذكر الوزن إذا كان العد دالا عليه وقد وقع فى بعض العبارات ذكر العد بدل الوزن حيث عبر فى زكاة درر البحار بعشرين ذهبا وفى الكنز بعشرين دينارا بدل عشرين مثقالا اه ملخصا ، وهو كلام وجيه .

ولكن هذا ظاهر فيما إذا كان الوزن مضبوطا بأن لا يزيد دينار على دينار ، ولا درهم على درهم ، والواقع فى زماننا خلافه فإن النوع الواحد من أنواع الذهب أو الفضة المضروبين قد يختلف فى الوزن كالجهادى والعدلى والغازى من ضرب سلطان زماننا أيده الله ، فإذا استقرض مائة دينار من نوع فلا بد أن يوفى بدلها مائة من نوعها الموافق لها فى الوزن أو يوفى بدلها وزنا لا عددا ، وأما بدون ذلك فهو ربا لأنه مجازفة والظاهر أنه لا يجوز على رواية أبى يوسف أيضا ، لأن المتبادر مما قدمناه من اعتبار العرف الطارىء على هذه الرواية أنه لو تعورف تقدير المكيل بالوزن ، أو بالعكس اعتبر ، أما لو تعورف إلغاء الوزن أصلا كما فى زماننا من الاقتصار على العدد بلا نظر إلى الوزن ، فلا يجوز لا على الروايات المشهورة ، ولا على هذه الرواية لما يلزم عليه من إبطال نصوص التساوى بالكيل أو الوزن المتفق على العمل بها عند الأئمة المجتهدين . نعم إذا غلب الغش على النقود فلا كلام فى جواز استقراضها عددا بدون وزن اتباعا للعرف ، بخلاف بيعها بالنقود الخالصة ، فإنه لا يجوز إلا وزنا كما سيأتى فى كتاب الصرف إن شاء الله تعالى وتمام الكلام على هذه المسألة مبسوط فى رسالتنا نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف فراجعها (قوله وبيع الدقيق الخ) لا حاجة إلى استخراجه ، فقد وجد فى الغياثية عن أبى يوسف أنه يجوز استقراضه وزنا إذا تعارف الناس ذلك وعليه الفتوى اه ط وفى التتارخانية : وعن أبى يوسف يجوز بيع الدقيق واستقراضه وزنا إذا تعارف الناس ذلك استحسن فيه اه ونقل بعض المحشين عن تلقيح المحبوبى أن بيعه وزنا جائز ، لأن النص عين الكيل فى الحنطة دون الدقيق اه ومقتضاه أنه على قول الكل لأن ما لم يرد فيه نص يعتبر فيه العرف اتفاقا لكن سنذكر عن الفتح أن فيه روايتين وأنه فى الخلاصة جزم برواية عدم الجواز (قوله يعنى بمثله) المراد من التخريج على هذه الرواية بيع الدقيق وزنا بمثله احترازا عن بيعه وزنا بالدراهم ، فإنه جائز اتفاقا كما فى الذخيرة ولنصه

وفى الكافى الفتوى على عادة الناس بحر وأقره المصنف (والمعتبر تعيين الربوى فى غير الصرف) ومصوغ ذهب وفضة (بلا شرط تقابض) حتى لو باع براً ببرّ بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز خلافا للشافعى فى بيع الطعام ولو أحدهما دينا فإن هو الثمن وقبضه قبل التفرق جاز وإلا لا كبيعه ماليس عنده سراج

قال شيخ الإسلام ، وأجمعوا على أن ماثبت كيله بالنص إذا بيع وزنا بالدراهم يجوز وكذلك ماثبت وزنه بالنص (قوله وفى الكافى للفتوى على عادة الناس) ظاهر البحر وغيره أن هذا فى السلم ففى المنح عن البحر ، وأما الإسلام فى الحنطة وزنا ففيه روايتان والفتوى على الجواز لأن الشرط كونه معلوما ، وفى الكافى الفتوى على عادة الناس اه قال فى النهر : وقول الكافى : الفتوى على عادة الناس يقضى أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا وأسلم وزنا لايجوز ولاينبغى ذلك ، بل إذا اتفقا على معرفة كيل أو وزن ينبغى أن يجوز لوجود المصحح ، وانتفاء المانع كذا فى الفتح اه :

والحاصل أن عدم جواز الوزن فى الأشياء الأربعة المنصوص على أنها مكيلة إنما هو فيما إذا بيعت بمثلها بخلاف بيعها بالدراهم كما إذا أسلم دراهم فى حنطة ، فإنه يجوز تقديرها بالكيل أو الوزن ، وظاهر الكافى وجوب اتباع العادة فى ذلك ، وما بحثه فى الفتح ظاهر ويؤيده ماقدمناه آنفا عن الذخيرة (قوله بحر وأقره المصنف) الظاهر أن مراده بهذا تقوية كلام الكافى وأنه لم يرض بما ذكره فى النهر عن الفتح لكن علمت مايؤيده (قوله والمعتبر تعيين الربوى فى غير الصرف) لأن غير الصرف يتعين بالتعيين ، ويتمكن من التصرف فيه ، فلا يشترط قبضه كالثياب أى إذا بيع ثوب بثوب بخلاف الصرف ، لأن القبض شرط فيه للتعيين ، فإنه لايتعين بدون القبض كذا فى الاختيار .

وحاصله أن الصرف وهو ماوقع على جنس الأثمان ذهبا وفضة بجنسه ، أو بخلافه لايحصل فيه التعيين إلا بالقبض فإن الأثمان لاتتعين مملوكة إلا به ولذا كان لكل من العاقدين تبديلها أما غير الصرف فإنه يتعين بمجرد التعيين قبل القبض (قوله ومصوغ ذهب وفضة) عطف خاص على عام ، فإن المصوغ من الصرف كما سيصرح به الشارح فى بابه وكأنه خصه بالذكر لدفع مايتوهم من خروجه عن حكم الصرف بسبب الصنعة (قوله حتى لو باع الخ) قال فى البحر بيانه كما ذكره الإسبيجابى بقوله : وإذا تبايعا كيليا بكيلى أو وزنيا بوزنى كلاهما من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ، فإن البيع لايجوز حتى يكون كلاهما عينا أضيف إليه العقد ، وهو حاضر أو غائب بعد أن يكون ، وجودا فى ملكه والتقابض قبل الافتراق بالأبدان ، ليس بشرط لجوازه إلا فى الذهب والفضة ، ولو كان أحدهما عينا أضيف إليه العقد ، والآخر دينا موصوفا فى الذمة فإنه ينظر إن جعل الدين منهما ثمنا ، والعين مبيعا جاز البيع بشرط أن يتعين الدين منهما قبل التفرق بالأبدان ، وإن جعل الدين منهما مبيعا لايجوز ، وإن أحضره فى المجلس والذى ذكر فيه الباء ثمن ومالم يدخل فيه الباء مبيع .

وبيانه : إذا قال بعتك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز حنطة جيدة أو قال : بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز من شعير جيد فالبيع جائز لأنه جعل العين منهما مبيعا والدين الموصوف ثمنا ، ولكن قبض الدين منهما قبل التفرق بالأبدان شرط ، لأن من شرط جواز هذا البيع أن يجعل الافتراق عن عين بعين ، وما كان دينا لايتعين إلا بالقبض ، ولو قبض الدين منهما ثم تفرقا جاز البيع قبض العين منهما أو لم يقبض ولو اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الحنطة أو قال : اشتريت منك قفيزى شعير جيد بهذا القفيز من الحنطة ، فإنه لايجوز وإن أحضر الدين فى المجلس ، لأنه جعل الدين مبيعا فصار بائعا ماليس عنده وهو لايجوز اه ح (قوله خلافا للشافعى فى بيع الطعام) أى كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقابض

(وجيد مال الربا) لاحقوق العباد (ورديئه سواء) إلا فى أربع مال وقف ويتيم ومريض وفى القلب الرهن إذا انكسر أشباه :

(باع فلوسا بمثلها أو بدراهم أو بدنانير فإن نقد أحدهما جاز) وإن تفرقا بلا قبض أحدهما لم يجز لما مر (كما جاز بيع لحم بحيوان ولو من جنسه) لأنه بيع الموزون بما ليس بموزون

وتمامه فى الفتح (قوله وجيد مال الربا ورديئه سواء) أى فلا يجوز بيع الجيد بالردئ مما فيه الربا إلا مثلا بمثل لإهدار التفاوت فى الوصف هداية (قوله لاحقوق العباد) عطف على مال الربا قال فى المنح : قيد بمال الربا ، لأن الجودة معتبرة فى حقوق العباد ، فإذا أتلف جيدا لزمه مثله قدرا وجودة إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا ، ولكن لا تستحق أى الجودة باطلاق عقد البيع ، حتى لو اشترى حنطة أو شيئا فوجده رديئا بلا عيب لايرده كما فى البحر معزيا إلى صرف المحيط اهـ ح : أى لأن العيب هو العارض على أصل الخلقة والجودة أو الرداءة فى الشئ أصل فى خلقته بخلاف العيب العارض كالسوس فى الحنطة أو عفنها فله الرد به لا بالرداءة إلا باشتراط الجودة كما قدمنا بيانه فى خيار العيب :

[تنبيه] أراد بحقوق العباد ماليس من الأموال الربوية : أى مالا يجمعها قدر وجنس ولا يقيد ذلك بالإتلاف ولذا قال البيرى قيد بالأموال الربوية لأن الجودة فى غيرها لها قيمة عند المقابلة بجنسها كمن اشترى ثوبا جيدا بثوب ردىء وزيادة درهم بازاء الجودة كان ذلك جائزا كما فى الذخيرة اهـ (قوله إلا فى أربع الخ) فيه أن هذه الأربعة من حقوق العباد أيضا ، وإن كان المراد من حقوق العباد خصوص الضمان عند التعدى فالمناسب أن يذكره مع الأربع ويقول : إلا فى خمس ثم إن الأولى ذكرها فى البحر بحثا فإنه قال : وتعتبر أى الجودة فى الأموال الربوية فى مال اليتيم فلا يجوز للوصى بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز ردىء وينبغى أن تعتبر فى مال الوقف ، لأنه كاليتيم ثم قال : وفى حق المريض حتى تنفذ من الثلث ، وفى الرهن القلب إذ انكسر عند المرتهن ، ونقصت قيمته فإن المرتهن يضمن قيمته ذهبا ويكون رهنا عنده اهـ :

قلت : والقلب بضم القاف وسكون اللام مايلبس فى الذراع من فضة جمعه قلبة كقرط وقرطة : وهى الحلق فى الأذن فإن كان من ذهب فهو السوار كما فى البيرى عن شرح التلخيص للخلاطى ، وقوله : فإن المرتهن يضمن قيمته ذهبا أفاد به أن ضمان القيمة إنما يكون من خلاف جنسه إذ لو ضمن قيمته فضة : وهى أكثر من وزنه بسبب الصياغة يلزم الربا ولو ضمن مثل وزنه يلزم إبطال حق المالك ، ففى تضمينه القيمة من خلاف الجنس إعمال الحق الشرع ، وحق العبد وليس هذا خاصا بقلب الرهن ، بل مثله كل مثلى تعيب بغصب أو نحوه ، فإنه يضمن بقيمته من خلاف جنسه كما قدمناه فى باب خيار الشرط فيما لو كان الخيار للمشترى ، وهلك فى يده ، ولا يلزم قبض القيمة قبل التفرق ، لأنه صرف حكما لاحقيقة كما سنذكره فى الصرف . وبما قررناه علم أن استثناء هذه المسائل من إهدار الجودة بإثبات اعتبارها إنما هو لمراعاة حق العبد ، لكن على وجه لايؤدى إلى إبطال حق الشرع ، فما قيل إنه يفهم من استثنائها أنه يجوز للوصى بيع قفيز جيد بقفيزين رديئين نظرا للجودة المعتبرة فى مال اليتيم ونحوه من بقية المسائل ، وهو خطأ للزوم الربا غير وارد ، لأن المراد أنه لايجوز إهدار الجودة فى مال اليتيم ونحوه ، حتى لايجوز للوصى بيع قفيزه الجيد بقفيز ردىء ولا يلزم من اعتبار أحد الحقين إهدار الحق الآخر فاغتنم تحقيق هذا المحل (قوله فإن نقد أحدهما جاز الخ) نقل المسألة فى البحر عن المحيط لكنه وقع فيه تحريف حيث قال : وإن تفرقا بلا قبض أحدهما جاز وصوابه لم يجز كما عبر الشارح ، ونبه عليه الرملى ثم إنه نقل فى البحر قبله عن الذخيرة

فيجوز كيفما كان بشرط التعيين أما نسيئة فلا وشرط محمد زيادة المجانس ولو باع مذبوحة بحية أو بمذبوحة جاز اتفاقا وكذا المسلوختين إن تساويا وزنا ابن ملك وأراد بالمسلوخة المفصولة عن السقط كـكرش وأمعاء بحر (و) كما جاز بيع (كرباس بقطن وغزل مطلقا) كيفما كان لاختلافهما جنسا (كبيع قطن بغزل) القطن (ف) قول محمد

فى مسألة بيع فلس بفلسين بأعيانهما أن محمدا ذكرها فى صرف الأصل ، ولم يشترط التقابض ، وذكر فى الجامع الصغير مايدل على أنه شرط فمنهم من لم يصحح الثانى ، لأن التقابض مع التعيين شرط فى الصرف ، وليس به ومنهم من صححه ، لأن الفلوس لها حكم العروض من وجه ، وحكم الثمن من وجه فجاز التفاضل للأول واشترط التقابض للثانى اه وأنت خبير بأن لفظ التقابض يفيد اشتراطه من الجانبين فقوله : فإن نقد أحدهما جاز قول ثالث لكن يتعين حمل مافى الأصل على هذا فلا يكون قولا آخر ، لأن مافى الأصل لايمكن حمله ، على أنه لايشترط التقابض ، ولو من أحد الجانبين ، لأنه يكون افتراقا عن دين بدين وهو غير صحيح : فيتعين حمله على أنه لايشترط منهما جميعا بل من أحدهما فقط :

فصار الحاصل أن مافى الأصل يفيد اشتراطه من أحد الجانبين ، ومافى الجامع اشتراطه منهما ، ثم إن الذى مر اشتراط التعيين فى البدلين أو أحدهما مع القبض فى المجلس فلو غير معينين لم يصح وإن قبضا فى المجلس فقوله لما مر فيه نظر .

[تنبيه] سئل الحانوتى عن بيع الذهب بالفلوس نسيئة . فأجاب : بأنه يجوز إذا قبض أحد البدلين لما فى البزازية لو اشترى مائة فلس بدرهم يكفى التقابض من أحد الجانبين قال : ومثله مالو باع فضة أو ذهبا بفلوس كما فى البحر عن المحيط قال : فلا يغتر بما فى فتاوى قارئ الهداية من أنه لايجوز بيع الفلوس إلى أجل بذهب أو فضة لقولهم لايجوز إسلام موزون فى موزون وإلا إذا كان المسلم فيه مبيعا كزعفران والفلوس غير مبيعة بل صارت أثمانا اه .

قلت : والجواب حمل ما فى فتاوى قارئ الهداية ، على ما دل عليه كلام الجامع من اشتراط التقابض من الجانبين فلا يعترض عليه بما فى البزازية المحمول على ما فى الأصل ، وهذا أحسن مما أجاب به فى صرف النهر من أن مراده بالبيع السلم والفلوس لها شبه بالثمن ، ولا يصح السلم فى الأثمان ومن حيث إنها عروض فى الأصل اكتفى بالقبض من أحد الجانبين تأمل (قوله فيجوز كيفما كان) أى سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أولا مساويا لما فى الحيوان أولا نهر (قوله أما نسيئة فلا) لأنها إن كانت فى الحيوان أو فى اللحم كان سلما ، وهو فى كل منهما غير صحيح نهر (قوله وشرط محمد زيادة المجالس) قال فى النهر : وقال محمد إن كان بغير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية جاز كيفما كان ، وإن كان بجنسه كلحم شاة بشاة حية فلا بد أن يكون اللحم المفرز أكثر من الذى فى الشاة لتكون الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقى اللحم بمقابلة السقط (قوله ولو باع مذبوحة بحية) قال فى النهر : أما على قولهما فظاهر ، وأما على قول محمد ، فلأنه لحم بلحم وزيادة اللحم فى إحداهما مع سقطها بازاء السقط اه والظاهر أنه يقال ذلك فى المذبوحة بالمذبوحة ط (قوله وكذا المسلوختين) أى وكذا بيع المسلوختين ففيه حذف المضاف وإبقاء المضاف إليه على إعرابه (قوله عن السقط) بفتحتين قال فى الفتح المراد به مالا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والأكارع اه (قوله كرباس) بكسر الكاف ثوب من القطن الأبيض قاموس (قوله كيفما كان) متساويا أو متفاضلا اه ح (قوله لاختلافهما جنسا) لأنه وإن اتحد الأصل فقد اختلفت الصفة كالحنطة والخبز ، وذلك اختلاف جنس كما سيأتى ، وعلله فى الاختيار باختلاف المقصود والمعيار (قوله فى قول محمد) وقال أبو يوسف لايجوز إلا متساويا بحر وأفاد أن بيع الكرباس بالقطن لاخلاف فيه وبه صرح فى الاختيار .

وهو (الأصح) حاوى . وفى القنية لا بأس بغزل قطن بثياب قطن يدا بيد لأنهما ليسا بموزونين ولا جنسين (وكذلك غزل كل جنس بثيابه إذا لم توزن و) كبيع (رطب برطب أو بتمر متماثلا) كيلا لاوزنا خلافا للعينى فى الحال لا المآل خلافا لهما فلو باع مجازفة أو موازنة لم يجز اتفاقا ابن ملك (وعنب) بعنب (أو بزبيب) متماثلا (كذلك) وكذا كل ثمرة تجف كتين ورمان يباع رطبها برطبها وبيابسها كبيع بر رطبا أو مبلولا بمثله وباليابس وكذا بيع تمر أو زبيب منقوع بمثله أو باليابس منهما خلافا لمحمد زيلعى وفى العناية كل تفاوت خلقى كالرطب والتمر والجيد والردىء

قلت: لأن القطن يصير غزلا ثم يصير كرباسا فالغزل أقرب إلى القطن من الكرباس ، فلذا ادعى أبو يوسف المجانسة بين الغزل والقطن لا بين الكرباس والقطن (قوله وهو الأصح) والفتوى عليه كما فى الاختيار وفى البحر أنه الأظهر (قوله وفى القنية) أى عن أبى يوسف (قوله لأنهما ليسا بموزونين) أى بل أحدهما موزون فقط ، وهو الغزل فلم يجمعهما القدر ، فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وقوله : ولا جنسين أى بل هما جنس واحد ، لأنهما من أجزاء القطن ، فلذا قيد بقوله يدا بيد ، فيحرم النساء لاتحاد الجنس ، ويظهر لى أن ما فى القنية محمول على ثياب يمكن نقضها لكن لا تباع وزنا كما قيده آخرا ، فيظهر اتحاد الجنس نظرا لما بعد النقض ، وحينئذ فلا يخالف قول الشارح فى بيع الكرباس بالقطن ، لاختلافهما جنسا ، لأن الكرباس بالنقض يعود غزلا لا قطنا فاختلاف الجنس بعد النقض فى صورة بيع الكرباس بالقطن موجود ، لأن القطن مع الغزل جنسان على ما هو الأصح بخلافه فى صورة بيعه بالغزل ، ويدل على هذا الحمل قوله فى التتارخانية عن الغياثية ويجوز بيع الثوب بالغزل كيفما كان إلا ثوبا يوزن وينقض اهـ فافهم (قوله خلافا للعينى) حيث قال وزنا وكأنه سبق قلم ح (قوله فى الحال) متعلق بقوله متماثلا (قوله لا المآل) بمد الهمزة أى لا يعتبر التماثل بعد الجفاف (قوله خلافا لهما) راجع لقوله أو بتمر وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة أما بيع الرطب بالرطب ، فهو جائز بالإجماع كما فى النهر وغيره (قوله لم يجز اتفاقا) لأن المجازفة والوزن لا يعلم بهما المساواة كيلا ، لأن أحدهما قد يكون أثقل من الآخر وزنا وهو أنقص كيلا أفاده ط (قوله أو بزبيب) فيه الاختلاف السابق ، وقيل لا يجوز اتفاقا بحر وحكى فى الفتح فيه قولين آخرين الجواز اتفاقا ، والجواز عندهما بالاعتبار كالزيت بالزيتون (قوله كذلك) أى فى الحال لا المآل اهـ ح ، وهذا بالنظر إلى عبارة الشرح أما على عبارة المتن فالاشارة إلى قوله متماثلا فافهم (قوله كتين ورمان) وكشمش وجوز وكمثرى وإجاص فتح (قوله يباع رطبها برطبها الخ) بفتح الراء وسكون الطاء خلاف اليابس ، وهذا تصريح بوجه الشبه المفاد من قوله وكذا ، وهذا على الخلاف المار بين الإمام وصاحبيه (قوله بمثله) أى رطبا برطب أو مبلولا بمبلول وقوله : وباليابس أى رطبا بيابس أو مبلولا بيابس ، فالصور أربع كما فى العناية (قوله منقوع) الذى فى الهداية والدرر وغيرهما منقع وفى العزمية عن المغرب المنقع بالفتح لا غير من أنقع الزبيب فى الخابية إذا ألقاه يبتل وتخرج منه الحلاوة اهـ (قوله خلافا لمحمد) راجع لما ذكر فى قوله كبيع بر إلى هنا كما فى الفتح ، وذكر أيضا أن الأصل أن محمدا اعتبر المماثلة فى أعدل الأحوال وهو المآل عند الجفاف وهما اعتبراها فى الحال إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل فى بيع الرطب بالتمر ، لحديث النهى عنه ، ولا يلحق به إلا ما فى معناه قال الحلوانى الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة إنما لا يجوز إذا انتفخت ، أما إذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلا (قوله وفى العناية الخ) بيان لضابط فيما يجوز بيعه من المتجانسين المتفاوتين وما لا يجوز . وأورد على الأصل للأول جواز بيع البر المبلول بمثله ، وباليابس مع أن التفاوت بينهما

فهو ساقط الاعتبار وكل تفاوت بصنع العباد كالحنطة بالدقيق والحنطة المقلية بغيرها يفسد كما سيجىء (و) كبيع (لحوم مختلفة بعضها ببعض متفاضلا) يدابيد (وابن بقر وغنم وخل دقل) بفتحتين ردىء التمر وخصه باعتبار العادة (بخل عنب وشحم بطن بالية) بالفتح مايسميه العوام لية (أو لحم وخبز) ولو من بر (ببر أودقيق) ولو منه وزيت مطبوخ بغير المطبوخ ودهن مربى بالبنفسج بغير المربى منه (متفاضلا) أو وزنا كيف كان لاختلاف أجناسها فلو اتحد لم يجز متفاضلا إلا فى لحم الطير لأنه لايوزن عادة حتى لووزن لم يجز زيلعى وفى الفتح لحم الدجاج والأوزوزنى فى عامة مصر وفى النهر لعله فى زمنه أما فى زماننا فلا .

بصنع العبد قال فى الفتح : وأجيب بأن الحنطة فى أصل الخلقة رطبة وهى مال الربا إذ ذاك والبل بالماء يعيدها إلى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلى (قوله فهو ساقط الاعتبار) فيجوز البيع بشرط التساوى (قوله كما سيجىء) أى قريبا فى قوله لا يبيع البر بدقيق الخ (قوله لحوم مختلفة) أى مختلفة الجنس كلحم الإبل والبقر والغنم بخلاف البقر والجاموس والمعز والضأن (قوله يدا بيد) فلا يحل النساء اوجود القدر (قوله ولبن بقر وغنم) الأولى تقديمه على قوله بعضها ببعض ، وفى نسخة ولبن بقر بغنم أى بلبن غنم وهذه النسخة أولى (قوله باعتبار العادة) أى باتخاذ الخل منه (قوله وشحم بطن بالية أو لحم) لأنها وإن كانت كلها من الضأن إلا أنها أجناس مختلفة لاختلاف الأسماء والمقاصد نهر قال ط فقوله بعد لاختلاف أجناسها يرجع إلى هذا أيضا (قوله بالفتح) أى فتح الهمزة وسكون اللام وتخفيف الياء المثناة التحتية (قوله ببرأ ودقيق) لأن الخبز بالصنعة صار جنسا آخر ، حتى خرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق مكيلان ، فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر لسيئة بحر ويأتى تمامه قريبا (قوله ولو منه) أى ولو كان الدقيق من البر (قوله وزيت مطبوخ بغير المطبوخ الخ) كذا فى البحر :

وقال فى الفتح واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما فى الضمن فتمنع النسيئة كما فى المجالسة العينية ، وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم ، وتنتفى باعتبار ما أضيفت إليه ، فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل ، حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد ، وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا إليه من الورد أو البنفسج نظرا إلى اختلاف المقصود والغرض وعلى هذا قالوا لو ضم إلى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا ، حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين من غير المربى ، وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التى فيها بازاء الزيادة على الرطل اه ملخصا وتمامه فيه فراجعه وعلى هذا فقول الشارح : وزيت مطبوخ إن أراد به المغلى لا يصح ، لأنه لايظهر فيه اختلاف الجنس أو المطبوخ بغيره فلا يسمى زيتا فتعين أن المراد به المطيب ، وأن صحة بيعه متفاضلا مشروطة بما إذا كانت الزيادة فى غير المطيب لتكون الزيادة فيه بازاء الرائحة التى فى المطيب (قوله أووزنا) المناسب إسقاطه لأنه يغنى عنه قوله بعده كيف كان ولأن قول المصنف متفاضلا قيد لجميع ما مر ، ولذا قال الشارح لاختلاف أجناسها فافهم نعم وقع فى النهر لفظ أو وزنا فى محله حيث قال : وصح أيضا بيع الخبز بالبر وبالدقيق متفاضلا فى أصح الروايتين عن الإمام قيل : هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة ، وعليه الفتوى عددا أو وزنا كيفما اصطلحوا عليه لأنه بالصنعة صار جنسا آخر والبر والدقيق مكيلان فانتفت العلتان اه (قوله فلو اتحد) كلحم البقر والجاموس والمعز والضأن ، وكذا ألبانها نهر (قوله إلا فى لحم الطير) فيجوز بيع الجنس الواحد منه كالسمان والعصافير متفاضلا فتح : وفى القهستانى : ولا بأس بلحوم الطير واحدا باثنين يدا بيد كما فى الظهيرية (قوله حتى لو وزن) أى واتحد جنسه لم يجز : أى

والحاصل أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو بتبدل الصفة فليحفظ وجاز الأخير لو الخبز نسيئة به يفتى درر إذا أتى بشرائط السلم لحاجة الناس والأحوط المنع إذ قلما يقبض من جنس ماسمى وفى القهستانى معزيا للخزانة الأحسن أن يبيع خاتما مثلا من الخباز بقدر مايزيد من الخبز ويجعل الخبز الموصوف بصفة معلومة ثمنا حتى يصير دينا فى ذمة الخباز ويسلم الخاتم ثم يشترى الخاتم بالبر وفيه معزيا للمضمرات يجوز السلم فى الخبز وزنا وكذا عددا وعليه الفتوى

متفاضلا (قوله أن الاختلاف) أى اختلاف الجنس (قوله باختلاف الأصل) كخل الدقل مع خل العنب ولحم البقر مع لحم الضأن (قوله أو المقصود) كشعر المعز وصوف الغنم ، فان ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف بخلاف لحمهما ولبنهما ، فإنه جعل جنسا واحدا كما مر لعدم الاختلاف أفاده فى الفتح (قوله أو بتبدل الصفة) كالخبز مع الحنطة والزيت المطيب بغير المطيب ، وعبارة الفتح وزيادة الصنعة بالنون والعين (قوله وجاز الأخير) وهو بيع خبز ببر أو دقيق (قوله ولو الخبز نسيئة) عبارة الدرر وبالنساء فى الأخير فقط والشارح أخذ ذلك من قوله به يفتى لأنه إذا كان المتأخر هو البر جاز اتفاقا لأنه أسلم وزنيا فى كيلى ، والخلاف فيما إذا كان الخبز هو النسيئة فمعناه وأجازه أبو يوسف ط (قوله والأحوط المنع الخ) قال فى الفتح لكن يجب أن يحتاط وقت القبض بقبض الجنس المسمى ، حتى لا يصير استبدالا بالسلم فيه قبل قبضه إذا قبض دون المسمى صفة ، وإذا كان كذلك فالاحتياط فى منعه ، لأنه قل أن يأخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض فى كل يوم كذا كذا رغيفا (قوله الأحسن الخ) أى فى بيع الخبز بالبر نسيئة ، ووجه كونه أحسن كون الخبز فيه ثمنا لا مبيعا ، فلا يلزم فيه شروط السلم تأمل . وأصل المسألة فى الذخيرة حيث قال فى السلم : وإذا دفع الحنطة إلى خباز جملة ، وأخذ الخبز مفرقا ينبغى أن يبيع صاحب الحنطة خاتما أو سكينا من الخباز بألف من الخبز مثلا ، ويجعل الخبز ثمنا ويصفه بصفة معلومة حتى يصير دينا فى ذمة الخباز ، ويسلم الخاتم إليه ، ثم يبيع الخباز الخاتم من صاحب الحنطة بالحنطة مقدار ما يريد الدفع ويدفع الحنطة ، فيبقى له على الخباز الخبز الذى هو ثمن هكذا قيل ، وهو مشكل عندى قالوا إذا دفع دراهم إلى خباز فأخذ منه كل يوم شيئا من الخبز فكلما أخذ يقول هو على ماقاطعتك عليه اه ما فى الذخيرة :

قلت : ولعل وجه الإشكال أن اشتراطهم أن يقول المشترى كلما أخذ شيئا هو على ما قاطعتك عليه ليكون بيعا مستأنفا على شىء متعين وهذا يقتضى أن الخبز لا يصح أن يكون دينا فى الذمة ، وإلا لم يحتج إلى أن يقول المشترى ذلك ، ورأيت معزيا إلى خط المقدسى ما نصه أقول : يمكن دفعه بأن الخبز هنا ثمن بخلاف التى قست عليها فتأمل اه :

أقول : بيانه أن المبيع هو المقصود من البيع ، ولذا لم يجز بيع المعدوم إلا بشروط السلم ، بخلاف الثمن ، فإنه وصف يثبت فى الذمة ولذا صح البيع مع عدم وجود الثمن لأن الموجود فى الذمة وصف يطابقه الثمن لاعين الثمن كما حققه فى الفتح من السلم على أن المقيس عليها لا يلزم فيها قول المشترى ذلك ، لأنه لو أخذ شيئا وسكت ينعقد بيعا بالتعاطى . نعم لو قال حين دفع الدراهم اشتريت منك كذا من الخبز وصار يأخذ كل يوم من الخبز يكون فاسدا والأكل مكروه ، لأنه اشترى خبزا غير مشار إليه ، فكان المبيع مجهولا كما قدمناه عن الولوالجية أول البيوع فى مسئلة بيع الاستجرار (قوله وكذا عددا وعليه الفتوى) هذا موجود فى عبارة القهستانى عن المضمرات بهذا اللفظ ، فمن نفى وجوده فيها فكأنه سقط من نسخة ، ولعل وجه الإفتاء به مبنى على الافتاء بقول محمد الآتى

وسيجىء جواز استقراضه أيضا (و) جاز بيع (اللبن بالجبن) لاختلاف المقاصد والاسم حاوى (لا) يجوز (بيع البر بدقيق أوسويق) هو المجروش ولا بيع دقيق بسويق (مطلقا) ولو متساويا لعدم المسوى فيحرم لشبهة الربا خلافا لهما وأما بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا إذا كانا مكبوسين فجائز اتفاقا ابن ملك كبيع سويق بسويق وحنطة مقلية بمقلية وأما المقلية بغيرها ففاسد كامر (و) لا (الزيتون بزيت والسمسم بحل) بمهملة الشيرج (حتى يكون الزيت والحل أكثر مماقى الزيتون والسمسم) ليكون قدره بمثله والزائد بالثفل وكذا كل مالثفله قيمة كجوز بدهنه ولبن بسمنه وعنب بعصيره فإن لاقيمة له كبيع تراب ذهب بذهب فسد بالزيادة لربا الفضل

فى استقراضه عددا (قوله وسيجىء) أى قريبا متنا (قوله بدقيق أوسويق) أى دقيق البر أو سويقه بخلاف دقيق الشعير أو سويقه فإنه يجوز لاختلاف الجنس أفاده فى الفتح (قوله هو المجروش) أى الخشن وفى القهستانى وغيره السويق دقيق البر المقلى ولعله يجرش فلا ينافى ما قبله (قوله ولا بيع دقيق بسويق) أى كلاهما من الحنطة أو الشعير كما فى الفتح فلو اختلف الجنس جاز (قوله ولو متساويا) تفسير الإطلاق (قوله لعدم المسوى) قال فى الاختيار والأصل فيه : أن شبهة الربا وشبهة الجنسية ملتحقة بالحقيقة فى باب الربا احتياطا للحرمة ، وهذه الأشياء جنس واحد نظرا إلى الأصل ، والمخلص أى عن الربا هو التساوى فى الكيل ، وأنه متعذر لانكباس الدقيق فى المكيال أكثر من غيره وإذا عدم المخلص حرم البيع (قوله خلافا لهما) هذا الخلاف فى بيع الدقيق بالسويق كما هو صريح الزيلعى ، فأجازاه لأنهما جنسان مختلفان ، لاختلاف الاسم والمقصود ولا يجوز نسيئة لأن القدر يجمعهما وكذا اقتصر على ذكر الخلاف فى هذه المسألة فى الهداية وغيرها وفى شرح درر البحار ومنع اتفاقا أن يباع البر بأجزائه كدقيق وسويق ونخالة والدقيق بالسويق ممنوع عنده مطلقا وجوزاه مطلقا (قوله متساويا كيلا) نصب متساويا على الحال وكيلا على التمييز ، وهو تمييز لنسبة مثل تصبب عرقا والأصل متساويا كيله فتح (قوله إذا كانا مكبوسين) لم يذكره فى الهداية وغيرها بل عزاه فى الذخيرة إلى ابن الفضل قال فى الفتح وهو حسن ، ثم قال : وفى بيعه وزنا روايتان ولم يذكر فى الخلاصة إلا رواية المنع ، وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لايجوز إلا مماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبى يوسف بأن تكون النخالة الخالصة أكثر من التى فى الدقيق (قوله وحنطة مقلية بمقلية) المقلى الذى يقلى على النار ، وهو المحمص عرفا قال فى الفتح : واختلفوا فيه قيل يجوز إذا تساويا كيلا ، وقيل : لا وعليه عول فى المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ فى أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى اهـ (قوله ففاسد) أى اتفاقا فتح (قوله والسمسم) بكسر السينين وحكى فتحهما (قوله الشيرج) بوزن جعفر (قوله حتى يكون الزيت الخ) أى بطريق العلم فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لايجوز فالاحتمالات أربع ، والجواز فى أحدها فتح وكتب بعضهم هنا أنه يؤخذ من نظائره فى باب الصرف اشتراط القبض لكل من المبيع والثمن فى المجلس بعد هذا الاعتبار خصوصا من تعليل الزيلعى بقوله لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما فى ضمنهما ، وإن اختلفا صورة فثبتت بذلك شبهة المجالسة والربا يثبت بالشبهة اهـ .

قلت : وفيه غفلة عما تقدم متنا من أن التقابض معتبر فى الصرف أما غيره من الربويات فالمعتبر فيه التعيين وتعليل الزيلعى بالجنسية لوجوب الاعتبار وحرمة التفاضل بدونه فتدبر (قوله بالثفل) بضم الثاء المثلثة ما استقر تحت الشىء من كدره قاموس وغيره (قوله كجوز بدهنه الخ) قال فى الفتح وأظن أن لا قيمة لثفل الجوز إلا أن يكون يبيع بقشره فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج اهـ (قوله فسد بالزيادة) ولا بد من المساواة لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شىء منح ط *

(ويستقرض الخبز وزنا وعددا) عند محمد وعليه الفتوى ابن ملك واستحسنه الكمال واختاره المصنف تيسيرا. وفي المجتبى : باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة جاز وبعكسه لاوجاز بيع كسيراته كيف كان (ولا ربا بين سيد وعبده) ولو مدبرا لامكاتبا (إذا لم يكن دينه مستغرقا لرقبته وكسبه) فلو مستغرقا يتحقق الربا اتفاقا ابن ملك وغيره لكن في البحر عن المعراج التحقيق الإطلاق وإنما يرد الزائد لا للربا بل لتعلق حق الغرماء (ولا) ربا (بين متفاوضين وشريكي عنان إذا تبايعا من مالها) أي مال الشركة زيلعي

[تنبيه] مثل ما ذكر في الوجوه الأربعة بيع شاة ذات لبن أو صوف بلبن أو صوف والرطب بالدبس والقطن بحبه والتمر بنواه وتمامه في القهستاني (قوله عند محمد) وقال أبو حنيفة :لايجوز وزنا لا عددا وقال أبو يوسف: يجوز وزنا لا عددا وبه جزم في الكنز في الزيلعي أن الفتوى عليه (قوله وعليه الفتوى) وهو المختار لتعامل الناس وحاجاتهم إليه ط عن الاختيار وماعزاه الشارح إلى ابن ملك ذكره في التتارخانية أيضا كما قدمناه في فصل القرض (قوله واستحسنه الكمال) حيث قال ومحمد يقول : قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل ، وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله وبعكسه لا) أي وإذا كان الرغيفان نقدا والرغيف نسيئة لايجوز بحر ونهر عن المجتبى. وهكذا رأيته في المجتبى فافهم: وانظر ماوجه المسألتين وقال ط في توجيه الأولى ، لأنه عددى متفاوت ، فيجعل الرغيف بمقابلة أحد الرغيفين ، والأجل يجعل رغيفا حكما بمقابلة الرغيف الثاني مجتبى اه ولم أره في المجتبى. ويرد عليه أنه متى وجد الجنس حرم النساء كما مر في بيع تمرة بتمرتين ، وأيضا التعليل بأنه عددى متفاوت يقتضي عدم الجواز ، ولذا لما أجاز محمد استقراضه علله بإهدار التفاوت فكيف يجعل التفاوت علة الجواز ، وعلله شيخنا بأن تأجيل الثمن جائز دون البيع ، وفيه أن لايظهر هذا في الكسيرات :

والحاصل : أنه مشكل ولذا قال السائحاني : إن هذا الفرع خارج عن القواعد ، لأن الجنس بانفراده يحرم النساء فلا يعمل به حتى ينص على تصحيحه كيف وهو من صاحب المجتبى. (قوله كيف كان) أي نقدا ونسيئة مجتبى (قوله ولا ربا بين السيد وعبده) لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع فتح (قوله ولو مدبرا) دخل أم الولد كما في الفتح (قوله لا مكاتبا) لأنه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه نهر (قوله إذا لم يكون دينه مستغرقا) وكذا إذا لم يكن عليه دين أصلا بالأولى فافهم (قوله يتحقق الربا اتفاقا) أما عند الإمام فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون ، وأما عندهما فلأنه إن لم يزل(١) ملكه عما في يده ، لكن تعلق بما في يده حق الغرماء فصار المولى كالأجنبي ، فيتحقق الربا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه فتح (قوله التحقيق الإطلاق) أي عن الشرط المذكور كما فعل في الكنز تبعا للمبسوط ، وقد تبع المصنف الهداية (قوله لا للربا بل لتعلق حق الغرماء) لأنه أخذه بغير عوض ولو أعطاه العبد درهما بدرهمين لايجب عليه الرد أي على المولى كما في صرف المحيط نهر (قوله إذا تبايعا من مال الشركة(٢)) الظاهر أن المراد إذا كان كل من البدلين من مال الشركة ما لو اشترى أحدهما درهمين من مال الشركة بدرهم من ماله مثلا فقد حصل للمشترى زيادة وهي حصة شريكه من الدرهم

---

(١) (قوله فلأنه إن لم يزل) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه الواو قبل أن والأصل فلأنه وإن لم يزل الخ فتأمل اه مصححه .

(٢) (قوله إذا تبايعا من مال الشركة) هكذا بخطه والذى في المتن : إذا تبايعا من مالها قال الشارح بعده أى من مال الشركة فليحرر اه مصححه .

(ولا بين حربي ومسلم) مستأمن ولو بعقد فاسد أو قمار (ثمة) لأن ماله ثمة مباح فيحل برضاه مطلقا بلا غدر خلافا للثاني والثلاثة (و) حكم (من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر كحربي) فللمسلم لوبا معه خلافا لهما لأن ماله غير معصوم فلو هاجر إلينا ثم عاد إليهم فلا ربا اتفاقا جوهرة .

قلت : ومنه يعلم حكم من أسلما ثمة ولم يهاجرا .

الزائد بلا عوض وهو عين الربا تأمل (قوله ولا بين حربي ومسلم مستأمن) احترز بالحربي عن المسلم الأصلي والذمي ، وكذا عن المسلم الحربي إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم ، فانه ليس للمسلم أن يرابي معه اتفاقا كما يذكره الشارح ، ووقع في البحر هنا غلط حيث قال : وفي المجتبى مستأمن منا باشر مع رجل مسلما كان أو ذميا في دراهم أو من أسلم هناك شيئا من العقود التي لا تجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافا لأبي يوسف اه فان مدلوله جواز الربا بين مسلم أصلي مع مثله أو مع ذمي هنا ، وهو غير صحيح لما علمته من مسألة المسلم الحربي ، والذي رأيته في المجتبى هكذا مستأمن من أهل دارنا مسلما كان أو ذميا في دارهم أو من أسلم هناك باشر معهم من العقود التي لا تجوز الخ وهي عبارة صحيحة فما في البحر تحريف فتنبه (قوله ومسلم مستأمن) مثله الأسير لكن له أخذ مالهم ولو بلا رضاهم كما مر في الجهاد (قوله ولو بعقد فاسد) أي ولو كان الربا بسبب عقد فاسد من غير الأموال الربوية كبيع بشرط كما حققناه فيما مر ، وأعم منه عبارة المجتبى المذكورة وكذا قول الزيلعي ، وكذا إذا تبايعا فيها بيعا فاسدا (قوله ثمة) أي في دار الحرب قيد به لأنه لو دخل دارنا بأمان فباع منه مسلم درهما بدرهمين لا يجوز اتفاقا ط عن مسكين (قوله لأن ماله ثمة مباح) قال في فتح القدير : لا يخفى أن هذا التعليل إنما يقتضي حل مباشرة العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم ، والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان أي في بيع درهم بدرهمين من جهة المسلم ومن جهة الكافر : وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي إلى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له ، فالظاهر أن الإباحة بقيد نيل المسلم الزيادة ، وقد ألزم الأصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب اه .

قلت : ويدل على ذلك ما في السير الكبير وشرحه حيث قال : وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان ، فلا بأس بأن يأخذ منهم أموالهم بطيب أنفسهم بأي وجه كان لأنه إنما أخذ المباح على وجه عري عن الغدر فيكون ذلك طيبا له والأسير والمستأمن سواء حتى لو باعهم درهما بدرهمين أو باعهم ميتة بدراهم أو أخذ مالا منهم بطريق القمار فذلك كله طيب له اه ملخصا .

فانظر كيف جعل موضوع المسألة الأخذ من أموالهم برضاهم ، فعلم أن المراد من الربا والقمار في كلامهم ما كان على هذا الوجه وإن كان اللفظ عاما لأن الحكم يدور مع علته غالبا (قوله مطلقا) أي ولو بعقد فاسد ط (قوله بلا غدر) لأنه لما دخل دارهم بأمان ، فقد التزم أن لا يغدرهم وهذا القيد لزيادة الإيضاح ، لأن ما أخذه برضاهم لا غدر فيه (قوله خلافا للثاني) أي أبي يوسف وخلافه في المستأمن دون الأسير (قوله والثلاثة) أي الأئمة الثلاثة (قوله لأن ماله غير معصوم) العصمة الحفظ والمنع ، وقال في الشرنبلالية : لعله أراد بالعصمة التقوم أي لا تقوم له ، فلا يضمن بالاتلاف لما قال في البدائع معللا لأبي حنيفة ، لأن العصمة وإن كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن بالإتلاف وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان اه (قوله فلا ربا اتفاقا) أي لا يجوز الربا معه فهو نفي بمعنى النهي كما في قوله تعالى - فلا رفث ولا فسوق - فافهم (قوله ومنه يعلم الخ) أي

والحاصل أن الربا حرام إلا فى هذه الست مسائل :

باب الحقوق

فى البيع

أخرها لتبعيتها ولتبعيته ترتيب الجامع الصغير (اشترى بيتا فوقه آخر لايدخل فيه العلو) مثلث العين (ولو قال بكل حق) هوله أو بكل قليل وكثير (مالم ينص عليه) لأن الشىء لايستتبع مثله (وكذا لايدخل)العلو (بشراء منزل) هومالا إصطبل فيه (إلا بكل حق هو له أو بمرافقه) أى حقوقه كطريق ونحوه وعند الثانى المرافق المنافع أشباه (أو بكل قليل أو كثير هو فيه أو منه

يعلم مما ذكره المصنف مع تعليله أن من أسلما ثمة ولم يهاجرا لايتحقق الربا بينهما أيضا كما فى النهر عن الكرمانى وهذا يعلم بالأولى (قوله إلا فى هذه الستة مسائل) أولها السيد مع عبده وآخرها من أسلما ولم يهاجرا وحقه أن يقول المسائل بالتعريف والله سبحانه أعلم :

باب الحقوق

جمع حق والحق خلاف الباطل ، وهو مصدر حق الشىء من بابى ضرب وقتل إذا وجب وثبت ، ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها اهـ: وفى البناية: الحق ما يستحقه الرجل وله معان أخر منها ضد الباطل اهـ وتمامه فى البحر . وفى النهر اعلم أن الحق فى العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ، ولا بد له منه ولا يقصد إلا لأجله كالطريق والشرب للأرض ويأتى تمامه (قوله لتبعيتها) أى لأن الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع بحر عن المعراج قال بعضهم : ولهذا الباب مناسبة خاصة بالربا لأن فيه بيان فضل هو حرام ، وهنا بيان فضل على المبيع هو حلال (قوله ولتبعيته) أى المصنف وكذا صاحب الكنز والهداية (قوله مثلث العين) واللام ساكنة ط عن الحموى (قوله لأن الشىء) علة لقوله لا يدخل فيه العلو ، وذلك أن البيت اسم لمسقف واحد جعل ليبات فيه ، ومنهم من يزيد له دهليزا فإذا باع البيت لا يدخل العلو مالم يذكر اسم العلو صريحا ، لأن العلو مثله فى أنه مسقف يبات فيه والشىء لا يستتبع مثله ، بل ما هو أدنى منه فتح ، ولم يدخل بذكر الحق لأن حق الشىء تبع له فهو دونه والعلو مثل البيت لادونه (قوله هو مالا اصطبل فيه) قال فى الفتح : المنزل فوق البيت ودون الدار ، وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة ، فيتأتى السكنى بالعيال مع ضرب قصور إذ ليس له صحن غير مسقف ولا إصطبل الدواب ، فيكون البيت دونه ، ويصلح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص على اسمه الخاص ، ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة اهـ أى زيادة ذكر التوابع أى قوله بكل حق هو له الخ (قوله أى حقوقه) فى جامع الفصولين من الفصل السابع أن الحقوق عبارة عن مسيل وطريق وغيره وفاقا ، والمرافق عند أبى يوسف عبارة عن منافع الدار وفى ظاهر الرواية المرافق هى الحقوق ، وإليه يشير قوله أى بمرافقه نهر ، فعلى قول أبى يوسف المرافق أعم لأنها توابع الدار مما يرتفق به كالمتوضأ والمطبخ كما فى القهستانى ط وقدم قبله أن حق الشىء تابع لابد له منه كالطريق والشرب اهـ فهو أخص تأمل (قوله كطريق) أى طريق خاص فى ملك إنسان ويأتى بيانه (قوله هو فيه أو منه) أى هو داخل فيه أو خارج منه بأو دون الواو على ما اختاره أصحابنا كما ذكره الصيرفى ، والجملة صفة لحق مقدر لا لقليل أو كثير فإن الصفة لا توصف ولا لكل على رأى كما تقرر وبهذا التقرير اندفع طعن أبى يوسف على محمد

ويدخل) العلو (بشراء دار وإن لم يذكر شيئا) ولو الأبنية بتراب أو بخيام أو قباب وهذا التفصيل عرف الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو بلا ذكر فى الصور كلها فتح وكافى سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو غيره إلا دار الملك فتسمى سراى نهر (ك) ما يدخل فى شراء الدار (الكنيف وبئر الماء والأشجار التى فى صحنها و) كذا (البستان الداخل) وإن لم يصرح بذلك (لا) البستان (الخارج إلا إذا كان أصغر منها) فيدخل تبعا ولو مثلها أو أكبر فلا إلا بالشرط زيلعى وعينى (والظلة لاتدخل فى بيع الدار) لبنائها على الطريق فأخذت حكمه (إلا بكل حق ونحوه) مما مر وقالا إن مفتحها فى الدار تدخل كالعلو (ويدخل الباب الأعظم فى بيع بيت أو دار مع ذكر المرافق) لأنه من مرافقها خانية (لا) يدخل (الطريق والمسيل

بدخول الأمتعة فيها وطعن زفر عليه بدخول الزوجة والولد والحشرات قهستانى (قوله بشراء دار) هى اسم لساحة أدير عليها الحدود تشتمل على بيوت وإصطبل وصحن غير مسقف وعلو ، فيجمع فيها بين الصحن للاستراوح ومنافع الأبنية للإسكان فتح (قوله سواء كان المبيع بيتا الخ) عبارة النهر قالوا هذا فى عرف أهل الكوفة ، أما فى عرفنا فيدخل العلو من غير ذكر فى الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علوا ومنزلا كذلك ، لأن كل مسكن يسمى خانه فى العجم ، ولو علوا سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره إلا دار الملك فتسمى سراى اه وهو مأخوذ من الفتح لكن قوله ولو علوا صوابه وله علو كما فى عبارة الفتح وعبارة الهداية ولا يخلو عن علو :

مطلب الأحكام تبتنى على العرف

قلت: وحاصله أن كل مسكن فى عرف العجم يسمى خانه إلا دار الملك تسمى سراى والخانه لايخلو عن علو فلذا دخل العلو فى الكل ، وظاهره أن البيع يقع عندهم بلفظ خانه لكن فى البحر عن الكافى وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار والأحكام تبتنى على العرف ، فيعتبر فى كل إقليم وفى كل عصر عرف أهله اه :

قلت : وحيث كان المعتبر العرف فلا كلام سواء كان باسم خانه أو غيره ، وفى عرفنا لو باع بيتا من دار ، أو باع دكانا أو إصطبلا أو نحوه لايدخل علو المبنى فوقه مالم يكن باب العلو من داخل المبيع (قوله إلا دار الملك) المستثنى منه غير مذكور فى كلامه كما علم مما ذكرناه (قوله الكنيف) أى ولو خارجا مبنيا على الظلة لأنه يعد من الدار بحر وهو المستراح ، وبعضهم يعبر عنه ببيت الماء نهر (قوله والأشجار) أى دون أثمارها إلا بالشرط كما مر فى فصل مايدخل فى المبيع تبعا ، وفيه بيان مسائل يحتاج إلى مراجعتها هنا (قوله فيدخل تبعا) قيده الفقيه أبو جعفر بما إذا كان مفتحه فيها (قوله والظلة لاتدخل) فى المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التى فوق الباب ، وادعى فى إيضاح الإصلاح أن هذا وهم بل هى الساباط الذى أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات التى فى السكة ، وعليه جرى فى فتح القدير وغيره نهر (قوله ويدخل الباب الأعظم) أى إذا كان له باب أعظم وداخله باب آخر دونه ، وقوله مع ذكر المرافق يفيد أنه لايدخل بدونه وهو خفى ، فإن الظاهر أنه مثل الطريق إلى سكة كما يأتى فتأمل .

وقد يقال إن صورة المسألة مالو باع بيتا من دار فيدخل فى البيع باب البيت فقط دون باب الدار الأعظم ، وكذا لو باع دارا داخل دار أخرى لايدخل باب الدار الأخرى أيضا بدون ذكر المرافق ، بخلاف ما إذا كان البابان للمبيع وحده ، وكان يتوصل من أحدهما إلى الآخر تأمل (قوله لايدخل الطريق الخ) يوهم أنه لايدخل مع ذكر

والشرب إلا بنحو كل حق)

المرافق ، وليس كذلك فكان عليه أن يقول وكذا الطريق الخ وبه يستغنى عن الاستثناء بعده قال فى الهداية : ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هوله أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل ، لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع اه قال فى الفتح وفى المحيط : المراد الطريق الخاص فى ملك إنسان فأما طريقها إلى سكة غير نافذة أو إلى الطريق العام ، فيدخل وكذا ماكان له من حق تسييل الماء وإلقاء الثلج فى ملك إنسان خاصة اه فلا يدخل كما فى الكفاية عن شرح الطحاوى وقال فخر الإسلام : إذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لايدخل بلا ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار اه ؛

وصورته : إذا كانت دار داخل دار أخرى للبائع أو غيره فباع الداخلة فطريقها فى الدار الخارجة ليس من الدار المبيعة بل من حقوقها فلا يدخل فيها بلا ذكر الحقوق ونحوها ، فصار بمنزلة بيع بيت أو نحوه من دار فإن طريقه فى الدار لايدخل فيه لأنه ليس منه بل خارج عن حدوده كما مر عن الهداية فما أورده فى الفتح من أن تعليل فخر الإسلام يقتضى أن الطريق الذى فى هذه الدار يدخل ، وهو خلاف مافى الهداية ففيه نظر فتدبر ؛

[تنبيه] قال فى الكفاية : وفى الذخيرة بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذى يكون وقت البيع لا الطريق الذى كان قبله ، حتى أن من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل فى البيع الطريق الثانى لا الأول اه وفى الفتح عن فخر الإسلام فإن قال البائع : ليس للدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشترى لايستحق الطريق، ولكن له أن يردها بالعيب ، ولو كان عليها جذوع لدار أخرى، فإن كانت للبائع أمر برفعها، وإن لغيره كانت بمنزلة العيب ولو ظهر فيها طريق أو مسيل ماء لدار أخرى للبائع فلا طريق له فى المبيعة اه .

وفى حاشية الرملى عن النوازل : له داران مسيل الأولى على سطح الثانية فباع الثانية بكل حق لها ثم باع الأولى من آخر فللمشترى الأول منع الثانى من التسييل على سطحه إلا إذا استثنى البائع المسيل وقت البيع اه ملخصا قال : وما وقع فى الخلاصة والبزازية عن النوازل من أنه ليس للأول منع الثانى سبق قلم لأن الذى فى النوازل ماقدمناه ومثله فى الولوالجية وبه علم جواب حادثة الفتوى له كرمان طريق الأول على الثانى فباع لبنته الثانى على أن له المرور فيه كما كان فباعته لأجنبى ليس للأجنبى منع الأب ؛

[تتمة] جرى العرف فى بلاد الشام أنه إذا كان فى الدار ميازيب مركبة على سطحها أو بركة ماء فى صحنها أو نهر كنيف تحت أرضها وهو المسمى بالمالح دخول حق التسييل (١) فى الميازيب : وفى النهر المذكور : ودخول شرب البركة الجارى إليها وقت البيع وإن لم ينصوا على ذلك ، ولا سيما ماء البركة فإنه مقصود بالشراء حتى إن الدار بدونه ينقص ثمنها نقصا كثيرا وقد مر آنفا عن الكافى أن الأحكام تبتنى على العرف وأنه يعتبر فى كل إقليم وعصر عرف أهله ، وقد نبهنا على ذلك فى فصل مايدخل فى البيع ، وأيدناه بما في الذخيرة من أن الأصل أن ماكان من الدار متصلا بها يدخل فى بيعها تبعا بلا ذكر ، وما لا فلايدخل بلا ذكر إلى ماجرى العرف أن البائع لايمنعه عن المشترى ، فيدخل المفتاح استحسانا للعرف بعدم منعه ، بخلاف القفل ومفتاحه والسلم من خشب إذا لم يكن متصلا بالبناء، وقدمنا هناك عن البحر أن السلم الغير المتصل يدخل فى عرف مصر القاهرة لأن بيوتهم طبقات لاينتفع بها بدونه ، وتمام ذلك فى رسالتنا نشر العرف والله سبحانه أعلم (قوله والشرب) بكسر الشين المعجمة الحظ من الماء

(١) (قوله دخول حق التسييل) هكذا بخطه ولعل الأصوب التعبير بيدخل بدل دخول ليكون جواب إذا أوخبر إن تأمل اه مصححه .

ونحوه مما مر (بخلاف الإجارة) لدار وأرض فتدخل بلا ذكر لأنها تعقد للانتفاع لا غير (والرهن والوقف) خلاصة (ولو أقر بدار أو صالح عليها أو أوصى بها ولم يذكر حقوقها ومرافقها لايدخل الطريق) كالبيع ولا يدخل في القسمة وإن ذكر الحقوق والمرافق إلا برضا صريح نهر عن الفتح وفي الحواشي اليعقوبية ينبغي أن يكون الرهن كالبيع إذ لايقصد به الانتفاع .

قلت : هو جيد لولا مخالفته للمنقول كما مر ، ولفظ الخلاصة ويدخل الطريق في الرهن والصدقة الموقوفة كالإجارة واعتمده المصنف تبعا للبحر . نعم ينبغي أن تكون الهبة والنكاح والخلع والعتق على مال كالبيع والوجه فيها لايخفى اهـ .

باب الاستحقاق

هو طلب الحق (الاستحقاق نوعان) أحدهما (مبطل للملك)

وفي الخانية : رجل باع أرضا بشربها فللمشتري قدر مايكفيها ، وليس له جميع ما كان للبائع اهـ عزمية (قوله ونحوه) لاحاجة إليه مع المتن (قوله مما مر) أي من ذكر المرافق أو كل قليل وكثير منه ط (قوله فتدخل بلا ذكر) أي يدخل الطريق والمسيل والشرب نهر (قوله لأنها الخ) أي لأن الإجارة تعقد للانتفاع بعين هذه الأشياء والبيع ليس كذلك ، فإن المقصود منه في الأصل ملك الرقبة لاخصوص الانتفاع بل . هو أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها نهر قال الزيلعي : ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لايجوز يعني لعدم الانتفاع به بدون العين فتعين الدخول فيها ، ولا يدخل مسيل ماء الميزاب إذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه اهـ : ومثله في المنح عن العيني وفي حواشي مسكين أن هذا تقييد لقول المصنف بخلاف الإجارة وأفاد أن دخول المسيل في الإجارة بلا ذكر الحقوق مقيد بما إذا لم يكن في ملك خاص (قوله كالبيع) أفاد به أن الشرب والمسيل في حكم الطريق ط (قوله ولا يدخل في القسمة الخ) حاصل ما في الفتح : أنهما إذا اقتسما ولأحدهما على الآخر مسيل أو طريق ولم يذكر الحقوق لاتدخل ، لكن إن أمكن له إحداثها في نصيبه فالقسمة صحيحة وإلا فلا ، بخلاف الإجارة ، لأن الآجر إنما يستوجب الأجر إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما ، وإن ذكر الحقوق في القسمة دخلت إن لم يمكنه إحداثها لا إن أمكن إلا برضا صريح ، لأن المقصود بالقسمة تمييز الملك لكل منهما لينتفع به على الخصوص ، بخلاف البيع فإن الحقوق تدخل بذكرها وإن أمكن إحداثها لأن المقصود منه إيجاد الملك اهـ ومثله في الكفاية عن الفوائد الظهيرية وفي النهر عن الوهبانية إذا لم يمكنه فتح باب ، وقد علم ذلك وقت القسمة صحت وإن لم يعلم فسدت اهـ أي لأنه عيب وينبغي أن يقيد بذلك قول الفتح ، وإلا فلا أي وإن لم يمكن إحداثها فلا تصح القسمة إن لم يعلم بذلك وقتها لأنه إذا علم يكون راضيا بالعيب تأمل (قوله نهر عن الفتح) كان عليه أن يؤخر العزو إلى النهر آخر العبارة فإن جميع ما يأتي مذكور فيه اهـ ح (قوله كما مر) أي في المتن وعزاه الشارح إلى الخلاصة (قوله أن تكون الهبة) أي هبة الدار (قوله على مال) عبارة النهر على دار وهو متعلق بالثلاثة (قوله والوجه فيها لايخفى) لأنها لاستحداث ملك لم يكن لالخصوص الانتفاع بخلاف الإجارة والله سبحانه أعلم :

باب الاستحقاق

ذكره بعد الحقوق للمناسبة بينهما لفظا ومعنى ولو لا هذا لكان ذكره عقب الصرف أولى نهر (قوله هو طلب الحق) أفاد أن السين والتاء للطلب ، لكن في المصباح : استحق فلان الأمر استوجبه قاله الفارابي وجماعة

بالكلية (كالعتق) والحرية الأصلية (ونحوه) كتدبير وكتابة (و) ثانيهما (ناقل له) من شخص إلى آخر (كالاستحقاق به) أى بالملك بأن ادعى زيد على بكر أن مافى يده من العبد ملكه وبرهن (والناقل لايوجب فسخ العقد) على الظاهر لأنه لايوجب بطلان الملك (والحكم به حكم على ذى اليد وعلى من تلقى) ذو اليد (الملك منه)

فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول ، ومنه خرج المبيع مستحقا اه فأشار إلى أن معناه الشرعى موافق للغوى ، وهو كون المراد بالاستحقاق ظهور كون الشىء حقا واجبا للغير (قوله بالكلية) أى بحيث لا يبقى لأحد عليه حق التملك منح ودرر ، والمراد بالأحد أحد الباعة مثلا لا المدعى فإن له حق التملك فى المدبر والمكاتب والاستحقاق فيهما من المبطل كما ذكره بعد ط (قوله والناقل لا يوجب فسخ العقد) بل يوجب توقفه على إجازة المستحق كذا فى النهاية وتبعه الجماعة . واعترضه شارح بأن غايته أن يكون بيع فضولى ، وفيه إذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد ، وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ، والمفسوخ لا تلحقه إجازة . قال فى الفتح : وما فى النهاية هو المنصور وقوله وإثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا أى بالبيع ليس بلازم لجواز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا ، وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر فى يد المشترى من غير أن يحصل له عينه ولابد له فإثباته ليحصل أحدهما إما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع :

ثم اعلم أنه اختلف فى البيع متى ينفسخ ؟ فقيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس القضاء ، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشترى على بائعه بالثمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح ، وقال الحلوانى : الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء ، وفى الزيادات روى عن الإمام أنه لاينقض ما لم يأخذ العين ، بحكم القضاء وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الأصل اه ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ ، لأنه ذكر فيها أيضا أنه ليس للمشترى الفسخ بلا قضاء أو رضا البائع لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتاج ثابت إلا إذا قضى القاضى فيلزم فينفسخ ، وتمامه فى الفتح : فقد اختلف التصحيح فيما ينفسخ به العقود ، ويأتى قريبا عن الهداية أنه لا ينتقض فى ظاهر الرواية ما لم يقض على البائع بالثمن ، ويمكن التوفيق بين هذه الأقوال بأن المقصود أنه لاينتقض بمجرد القضاء بالاستحقاق ، بل يبقى العقد موقوفا بعده على إجازة المستحق ، أو فسخه على الصحيح ، فإذا فسخه صريحا فلا شك فيه ، وكذا لو رجع المشترى على بائعه بالثمن وسلمه إليه ، لأنه رضى بالفسخ ، وكذا لو طلب المشترى من القاضى أن يحكم على البائع بدفع الثمن ، فحكم له بذلك أو تراضيا على الفسخ ، ففى ذلك كله ينفسخ العقد فليس المراد من هذه العبارات حصر الفسخ بواحد من هذه الصور ، بل أيها وجد بعد الحكم بالاستحقاق انفسخ العقد هذا ما ظهر لى فى هذا المقام . بقى شىء : وهو أنه يثبت للبائع الرجوع على بائعه بالثمن ، وإن كان قد دفع الثمن إلى المشترى بلا إلزام القاضى إياه وهذا مذهب محمد وعليه الفتوى خلافا لأبى يوسف كما فى الحامدية ونور العين عن جواهر الفتاوى (قوله لأنه لايوجب بطلان الملك) أى ملك المشترى لأن الاستحقاق أظهر توقف العقد على إجازة المستحق أو فسخه كما علمت (قوله حكم على ذى اليد) حتى يؤخذ المدعى من يده درر ، وهذا إذا كان خصما فلا يحكم على مستأجر ونحوه (قوله وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه) هذا مشروط بما إذا ادعى ذو اليد الشراء منه . ففى البحر عن الخلاصة : إذا قال المشترى فى جواب دعوى الملك هذا ملكى لأنى شريته من فلان صار البائع مقضيا عليه ويرجع المشترى عليه بالثمن : أما إن قال فى الجواب ملكى ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضيا عليه والإرث كالشراء نص عليه فى الجامع الكبير :

ولو مورثه فيتعدى إلى بقية الورثة أشباه (فلا تسمع دعوى الملك منهم) للحكم عليهم (بل دعوى النتاج ولا يرجع) أحد من المشترين (على بائعه مالم يرجع عليه

وصورته : دار بيد رجل يدعى أنها له فجاء آخر وادعى أنها له وقضى له بها فجاء أخو المقضى عليه ، وادعى أنها كانت لأبيه تركها ميراثا له وللمقضى عليه يقضى للأخ المدعى بنصفها لأن ذاك لم يقل ملكى لأنى ورثتها من أبى ليصير الأخ مقضيا عليه ، وكذا لو أقر الأخ المقضى عليه أنه ورثها من أبيه بعد إنكاره وإقامة البينة ولو أقر بالإرث قبل إقامة البينة لاتسمع دعوى الأخ اهـ قال : وذكر قبله إذا صار المورث مقضيا عليه فى محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود إن ادعى الإرث من هذا المورث لاتسمع ، وإن ادعى مطلقا تسمع وإن كان المورث مدعيا وقضى له ثم بعد موته ادعى وارث المقضى عليه على وارث المقضى له هذا المحدود مطلقا لا تسمع اهـ .

[فرع] فى البزازية : مسلم باع عبدا من نصرانى فاستحقه نصرانى بشهادة نصرانيين لايقضى له ، لأنه لو قضى له لرجع بالثمن على المسلم (قوله ولو مورثه) الضمير عائد على من فى قوله وعلى من تلقى الملك منه : أى لو اشتراه ذو اليد من مورثه ، فالحكم عليه بالاستحقاق حكم على المورث ، فلا تسمع دعوى بقية الورثة على المستحق بالإرث (قوله فلا تسمع دعوى الملك منهم) تفريع على قوله والحكم به حكم على ذى اليد الخ درر : وأتى بضمير الجمع إشارة إلى شمول ما لو تعدد البيع من واحد إلى آخر وهكذا ، ولذا قال فى الدرر بلا واسطة أو وسايط وفرع فى الغرر على ذلك أيضا : أنه لا تعاد البينة للرجوع قال فى شرحه يعنى إذا كان الحكم للمستحق حكما على الباعة فإذا أراد واحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن لايحتاج إلى إعادة البينة (قوله بل دعوى النتاج) عبارة الغرر : بل دعوى النتاج أو تلقى الملك من المستحق . قال فى شرحه الدرر : بأن يقول بائع من الباعة حين رجع عليه بالثمن أنا لا أعطى الثمن ، لأن المستحق كاذب لأن المبيع نتج فى ملكى ، أو ملك بائعى بلا واسطة ، أو بها فتسمع دعواه ، ويبطل الحكم إن أثبت ، أو يقول : أنا لا أعطى الثمن لأنى اشتريته من المستحق فتسمع أيضا اهـ . وأفاد كلامه أنه لايشترط لإثبات النتاج حضور المستحق ، كما أجاب به فى الحامدية وقال : إنه مقتضى ما أفتى به فى الخيرية فى باب الإقالة موافقا لما فى العمادية ، من أن هذا القول أظهر وأشبه ، لكن فى البزازية أن الاشتراط هو الأظهر والأشبه .

قلت : وعبارة البزازية وعند محمد وهو اختيار شمس الإسلام يقبل بلا حضرته ، لأن الرجوع بالثمن أمر يخص المشترى فاكتفى بحضوره ، واختيار صاحب المنظومة وهو قياس قولهما وهو الأظهر ، والأشبه عدم القبول بلا حضور المستحق اهـ لكن فى الذخيرة قيل على قول محمد وأبى يوسف الآخر يشترط ، وعلى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف الأول لايشترط ، وهذا القول أشبه وأظهر اهـ . وهكذا عزاه فى العمادية إلى الذخيرة والمحيط ومثله فى جامع الفصولين ونور العين ، فالظاهر أن مافى البزازية من العكس سبق قلم ، حررناه فى تنقيح الحامدية فتنبه لذلك .

واختلف فى اشتراط حضرة المبيع وأفتى ظهير الدين بعدمه كما سنذكره (قوله ما لم يرجع عليه) فليس للمشترى الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشترى الأخير درر . وأفاد أنه لايشترط إلزام القاضى البائع بالثمن ، بل له الرجوع على بائعه بدونه ، وهو قول محمد المفتى به كما علمت ، ثم إنما يثبت له الرجوع إذا لم يبرئه البائع عن الثمن قبل الاستحقاق ، فلو أبرأه البائع ثم استحق المبيع من يده لا يرجع على بائعه بالثمن ، لأنه لا ثمن له على بائعه ، وكذلك بقية الباعة لايرجع بعضهم على بعض ذخيرة أى لتعذر القضاء على الذى أبرأ مشتريه جامع الفصولين

ولا على الكفيل مالم يقض على المكفول عنه) لئلا يجتمع ثمنان فى ملك واحد لأن بدل المستحق مملوك ، ولو صالح بشىء قليل أو أبرأ عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضا لزوال البدل عن ملكه ولو حكم للمستحق فصالح المشترى لم يرجع لأنه بالصلح أبطل حق الرجوع وتمامه فى جامع الفصولين (والمبطل يوجبه) أى

ثم نقل فيه أن فى رجوع بقية الباعة بعضهم على بعض ، خلافا بين المتأخرين ، وأما لو أبرأ المشترى البائع بعد الحكم له بالرجوع فيأتى قريبا أنه لا يمنع (قوله ولا على الكفيل) أى الضامن بالدرك درر أى ضامن الثمن عند استحقاق المبيع (قوله ما لم يقض على المكفول عنه) اعترض بأن المكفول عنه ، وهو البائع صار مقضيا عليه بالقضاء على المشترى الأخير ، لما علمت من أن الحكم بالاستحقاق حكم على ذى اليد وعلى من تلقى الملك منه ، وقبل القضاء لا مطالبة لأحد .

قلت : هذا اشتباه فان المراد بالقضاء هنا القضاء على المكفول عنه بالثمن والقضاء السابق قضاء بالاستحقاق والمسألة ستأتى متنا فى الكفالة قبيل باب كفالة الرجلين . ونصها : ولا يؤخذ ضامن الدرك إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن اه وهى فى الهداية والكنز وغيرهما . وعلله فى الهداية هناك بقوله : لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ، ما لم يقض له بالثمن على البائع ، فلم يجب على الأصل رد الثمن فلا يجب على الكفيل اه فافهم : لكن علمت مما قررناه أن العقد ينتقض بفسخ العاقدين ، وبالرجوع بالثمن على البائع بدون قضاء ، وأنه ليس المراد قصر الفسخ على واحد مما ذكر وإذا انفسخ العقد بواحد منها وجب على الأصيل ، وهو البائع رد الثمن على المشترى فيجب على الكفيل أيضا ولو بدون قضاء ويؤيده قول محمد المفتى به المار آنفا (قوله لئلا يجتمع ثمنان الخ) علة لقوله ولا يرجع أحد الخ كما أفاده فى الدرر قال ط : وهذا التعليل يظهر فى غير المشترى الأخير البائع الأول فيظهر فى الباعة المتوسطين ، فإن عند كل منهم ثمنا فلو رجع بالثمن قبل أن يرجع عليه اجتمع فى ملكه ثمنان اه (قوله لأن بدل المستحق مملوك) أى ثمنه باق على ملك البائع وعبر عنه بالبدل ، ليشمل ما لو كان قيميا وهذا بيان لوجه اجتماع الثمنين فى رجوع أحدهم قبل الرجوع عليه (قوله ولو صالح بشىء الخ) عبارة جامع الفصولين : المشترى لو رجع على بائعه وصالح البائع على شىء قليل ، فلبائعه أن يرجع على بائعه بثمنه ، وكذا لو أبرأه المشترى عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه ، فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضا إذ المانع اجتماع البدل والمبدل فى ملك واحد ، ولم يوجد لزوال المبدل عن ملكه ولو حكم للمستحق ، وصالح المشترى ليأخذ المشترى بعض الثمن من المستحق ، ويدفع المبيع إلى المستحق ، ليس له أن يرجع على بائعه بثمنه لأنه بالصلح أبطل حق الرجوع اه .

قلت : وماذكره فى الإبراء إنما هو فى إبراء المشترى البائع ، وأما لو أبرأ البائع المشترى عن الثمن قبل الاستحقاق ، فقدمنا آنفا أنه يمتنع الرجوع ثم قال فى الفصولين : فلو أثبته أى الاستحقاق وحكم له فدفع إليه شيئا وأمسك المبيع يصير هذا شراء للمبيع من المستحق ، فينبغى أن يثبت له الرجوع على بائعه اه (قوله فصالح المشترى) أى دفع المستحق إلى المشترى بعض الثمن صلحا عن دعوى المشترى نتاجا عند بائعه أو نحوه مما يبطل الاستحقاق لم يرجع على بائعه بالثمن ، لأن صلحه مع المستحق على بعض الثمن أسقط حقه فى الرجوع ، وهذا بخلاف العكس وهو ما إذا دفع المشترى إلى المستحق شيئا وأمسك المبيع ، لأنه صار مشتريا من المستحق فلا يبطل حق رجوعه ، كما علمت وهذه المسئلة هى الآتية عن نظم المحبية ولا يخفى ظهور الفرق بينها وبين الأولى كما أفاده ط فافهم

يوجب فسخ العقود (اتفاقا ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه وبرجع) هو أيضا كذلك (على الكفيل ولو قبل القضاء عليه) لعدم اجتماع الثمنين إذ بدل الحر لايملك (والحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة) من الناس سواء كان ببينة أو بقوله أناحر إذا لم يسبق منه إقرار بالرق أشباه (فلا تسمع دعوى الملك من أحد وكذا العتق وفروعه) بمنزلة حرية الأصل (وأما) الحكم بالعتق (فى الملك المؤرخ ف) على الكافة (من) وقت (التاريخ) و (لا) يكون قضاء (قبله) كما بسطه منلا خسرو ويعقوب باشا فاحفظه فإن أكثر الكتب عنه خالية (و) اختلفوا فى (القضاء بالوقف قيل كالحرية وقيل لا) فتسمع فيه دعوى ملك آخر أو وقف آخر (وهو المختار) وصححه العمادى وفى الأشباه القضاء يتعدى فى أربع : حرية ، ولسب ونكاح ، وولاء . وفى الوقف يقتصر على الأصح

(قوله يوجب فسخ العقود) أى الجارية بين الباعة بلا حاجة فى انفساخ كل منها إلى حكم القاضى درر (قوله ولكل واحد الخ) فلو أقام العبد بينة أنه حر الأصل ، أو أنه كان عبدا لفلان فأعتقه ، أو أقام رجل البينة أنه عبده دبره ، فقضى بشىء من ذلك فلكل واحد أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه ،وكذا المشترى يرجع على الكفيل قبل الرجوع عليه هندية عن الحاوى (قوله وإن لم يرجع عليه) بضيغة المجهول أى وإن لم يحصل الرجوع عليه درر (قوله ويرجع هو أيضا) أى يرجع من له الرجوع على الكفيل بالدرك أيضا : أى كما له الرجوع على بائعه ، وقوله : كذلك يغنى عنه قول المصنف ، ولو قبل القضاء عليه أى قبل القضاء على المكفول عنه بالثمن (قوله والحكم بالحرية الأصلية الخ) هذه الجملة فى موقع التعليل لما قبلها ،واحترز بالأصلية عن العارضة بعتق ونحوه لأنها تأتى (قوله أو بقوله أنا حر)صورته ادعى أنه عبده فقال المدعى عليه :أنا حر الأصل ولم يسبق منه إقرار بالرق، وعجز المدعى عن البينة حكم القاضى بالحرية الأصلية ، وكان حكمه بها حكما على العامة اه ح (قوله إذا لم يسبق منه إقرار بالرق) أى ولو حكما كسكوته عند البيع مع انقياده ، كما سيأتى وتسمع دعواه الحرية بعد اعترافه بالرق إذا برهن كما سيأتى (قوله وكذا العتق وفروعه) عطف على قوله : والحكم بالحرية الأصلية : أى إذا ادعى أنه كان عبد فلان فأعتقه ، أو ادعى رجل أنه عبده دبره أو أنها أمته استولدها ،وحكم بذلك فهو حكم على الكافة، فلا تسمع دعوى أحد عليه بذلك ونقل الحموى عن بعضهم أن هذا بعد ثبوت ملك المعتق وإلا فقد يعتق الإنسان ما لا يملكه (قوله وأما الحكم بالعتق فى الملك المؤرخ الخ) يعنى إذا قال زيد لبكر : إنك عبدى ملكتك منذ خمسة أعوام ، فقال بكر : إنى كنت عبد بشر ملكنى منذ ستة أعوام ، فأعتقنى وبرهن عليه اندفع دعوى زيد ، ثم إذا قال عمرو لبكر : إنك عبد ملكتك منذ سبعة أعوام ، وأنت ملكى الآن فبرهن عليه تقبل ، ويفسخ الحكم بحريته ، ويجعل ملكا لعمرو درر وكذا الحكم بالملك على المستحق منه حكم على الباعة من وقت التاريخ كما فى الخانية ، وفى المقدسى شراها منذ شهرين فأقام رجل بينة أنها له منذ شهر يقضى بها له ،ولا يقضى على بائعه برهنت أمة فى يد مشتر أخير على أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده رجع الكل إلا من كان قبل فلان سائحانى (قوله قيل كالحرية) أفتى به المولى أبوالسعود وجزم به فى المحبية ورجحه المصنف فى كتاب الوقف كما قدمه الشارح أول الوقف (قوله وهو المختار) فى الفواكه البدرية لابن الغرس وهو الصحيح اه واقتصر عليه فى الخانية فى باب مايبطل دعوى المدعى ، واستدل له فكان مختاره (قوله وصححه العمادى) نقل الرملى عن المصنف عبارة الفصول العمادية ، وليس فيها تصحيح أصلا بل مجرد حكاية الأول عن الحلوانى والسعدى ، والثانى عن أبى الليث والصدر الشهيد اه وفى جامع الفصولين القضاء بالوقفية يكون على الناس كافة وقيل لا (قوله القضاء يتعدى الخ) فإذا

(ويثبت رجوع المشترى على بائعه بالثمن إذا كان الاستحقاق بالبينة) لما سيجىء أنها حجة متعدية (أما إذا كان) الاستحقاق

قضى بواحدة منها لا تسمع دعوى آخر ، وأراد بالحرية ما يشمل العارضة كالعتق ، ويجرى فى النكاح ما جرى فى الملك المؤرخ فتسمع دعوى غيره على نكاحها قبل التاريخ لا بعده ، كما استنبطه والد محشى مسكين من كلام الدرر المار قال الحموى : ويزاد على الأربع ما فى معين الحكام لو أحضر رجلا ، وادعى عليه حقا لموكله ، وأقام البينة على أنه وكله فى استيفاء حقوقه ، والخصومة فى ذلك فثبات ، ويقضى بالوكالة ويكون قضاء على كافة الناس لأنه ادعى عليه حقا بسبب الوكالة فكان إثبات السبب عليه إثباتا على الكافة ،حتى لو أحضر آخر وادعى عليه حقا لا يكلف إعادة البينة على الوكالة اه (قوله ويثبت رجوع المشترى على بائعه بالثمن الخ) أشار إلى أن الاستحقاق لا بد أن يرد على ما كان ملك البائع ليرجع عليه ، ففى الجامع الكبير : لو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ، ثم استحق بالبينة لا يرجع المشترى على البائع بالثمن ، لأن الاستحقاق ماورد على ملكه ، لأنه لو كان ملكه(١) فى الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصبه فقطعه وخاطه ملكه ، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه ، وإن ورد عليه بعد ما صار إلى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع ، لأنه متيقن الكذب وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ، فلو برهن أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشترى بالثمن ، وعلى هذا لو اشترى حنطة ، وطحنها ثم استحق الدقيق ، ولو قال : كانت لى قبل الطحن يرجع ،وكذا لو شرى لحما فشواه اه فتح ملخصا .

وأطلق المصنف الرجوع فشمل ما إذا كان الشراء فاسدا كما فى جامع الفصولين ، وما إذا كان عالما بكونه ملك المستحق كما سيذكره المصنف ، وما لو أبرأ البائع المشترى عن ثمنه ، فللبائع الرجوع على بائعه لو الإبراء بعد الحكم لا قبله ، كما مر وما لو مات بائعه ، ولا وارث له فالقاضى ينصب عنه وصيا ليرجع المشترى عليه ، وما إذا زعم بائعه أنه نتج فى ملكه ، وعجز عن إثباته وأخذ منه الثمن ، فله الرجوع على بائعه لأنه لما حكم عليه التحق دعواه بالعدم وكذا لو زعم أنه ليس له الرجوع لانكاره البيع ، لأنه لما حكم عليه ببينة التحق زعمه بالعدم ، وما لو ألزم القاضى البائع بدفع الثمن أولا كما مر ، وما لو أحال البائع رجلا بالثمن على المشترى، وأدى إليه ثم استحقت الدار فإنه يرجع على البائع لا على المحال ، وإن لم يظفر بالبائع ، وما إذا كان البائع وكيلا ، فللمشترى مطالبته بالثمن من ماله ، ولا ينتظر إن كان دفع الثمن إليه ، وإن كان دفعه للموكل ينتظر أخذه من الموكل ، وما إذا قال البائع للمشترى قد علمت أن الشهود شهدوا بزور وأن المبيع لى فصدقه المشترى فإنه يرجع عليه بالثمن ، لأنه لم يسلم له المبيع ، فلا يحل للبائع أخذ الثمن وقد استحق المبيع اه ملخصا كل ذلك من الذخيرة :

[تنبيه] إذا ادعى المشترى استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه ، فلا بد أن يفسر الاستحقاق ، ويبين سببه فلو بينه وأنكر البائع البيع ، فأثبته المشترى رجع بثمنه وقيل يشترط حضرة المبيع لسماع البينة ، وقيل لا وبه أفتى ظهير الدين المرغينانى . فلو ذكر شية العبد وصفته وقدر ثمنه كفى جامع الفصولين ، وفيه أن للمستحق عليه تحليف المستحق بالله ماباعه ، ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه وتمامه فيه .

[فرع] استأجر حمارا فادعاه رجل ، ولم يصدقه إنه مستأجر واستحقه عليه لا يرجع الآخر على بائعه لأن هذا الاستحقاق ظلم لأنه لم يقع على خصم ذخيرة (قوله إذا كان الاستحقاق بالبينة) فلو أخذ المستحق العين من المشترى

---

(١) (قوله لأنه لو كان ملكه الخ) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه واو قبل لو والأصل لأنه ولو كان الخ فتأمل اه .

(بإقرار المشترى أو بنكوله أو بإقرار وكيل المشترى بالخصومة أو بنكوله فلا) رجوع لأنه حجة قاصرة (و) الأصل أن (البينة حجة متعدية) تظهر فى حق كافة الناس لكن لا فى كل شىء كما هو ظاهر كلام الزيلعى والعينى بل فى عتق ونحوه كما ذكره المصنف (لا الإقرار) بل هو حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره بقى لو اجتمعا فإن ثبت الحق بهما قضى بالإقرار

بلا حكم فهلك فالوجه فى رجوع المشترى على بائعه أن يدعى على المستحق أنك قبضته منى بلا حكم ، وكان ملكى وقد هلك فى يدك فأد إلى قيمته ، فيبرهن أنه له فيرجع المشترى على بائعه بثمنه جامع الفصولين ، ومفهومه أنه لو لم يهلك فللمشترى منه استرداده ، حتى يبرهن فيرجع المشترى على بائعه إن لم يقر المشترى أولا بأنه للمستحق وفى الفصولين أيضا أخذه بلا حكم فقال المشترى لبائعه أخذه المستحق منى بلا حكم فأد ثمنه إلى فأداه ، ثم برهن على المستحق أنه له فى غيبة المشترى صح لانفساخ البيع بينه و بين المشترى بتراضيهما ، فبقى على ملك البائع ولم يصح الاستحقاق اهـ واحترز بقوله بلا حكم عما إذا كان بحكم ، ولم يرجع المشترى على بائعه بالثمن ، فإنه لا يصح مع غيبة المشترى ، لعدم انفساخ البيع بالاستحقاق رملى (قوله بإقرار المشترى) ولو عدل المشترى شهود المستحق قال أبو يوسف أسأل عنهما فإن عدلا رجع بالثمن وإلا فلا لأنه كإقرار ذخيرة (قوله أو بنكوله) كأن طلب المستحق تحليفه على أنك لا تعلم أن المبيع ملكى (قوله فلا رجوع) فلو برهن المشترى أن الدار ملك المستحق ليرجع بثمنه على بائعه لا يقبل للتناقض ، لأنه لما أقدم على الشراء ، فقد أقر أنه ملك البائع ، فإذا ادعى لغيره كان تناقضا يمنع دعوى الملك ولأنه إثبات ما هو ثابت بإقراره فلغا ، أما لو برهن على إقرار البائع أنه للمستحق يقبل لعدم التناقض ، وأنه إثبات ما ليس بثابت ولا بينة له فله تحليف البائع بالله ما هو للمدعى ، لأنه لو أقر لزمه جامع الفصولين : نعم : لو أقر به للمستحق ثم برهن على أن الأمة حرة الأصل وهى تدعى أو أنها (١) ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل الشراء تقبل ويرجع بالثمن ، لأن التناقض فى دعوى الحرية وفروعها لا يضر فتح قال فى النهر : وظاهر أن قوله وهى تدعى اتفاقى (قوله كما هو ظاهر كلام الزيلعى) حيث قال ، لأن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضى ، وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة والإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء ، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره ، فيقتصر عليه اهـ قال ط : وحمله الرملى فى حاشية المنهج على بعض القضايا أو يراد بالكافة كل من يتعدى إليه حكم القاضى فى تلك القضية لا كافة الناس اهـ وحينئذ فلا حاجة للإستدراك اهـ (قوله ونحوه) من فروعه وكولاء ونكاح ونسب ط (قوله فإن ثبت الحق بهما) الظاهر أنه احتراز عما لو سبق الحكم بالبينة عقب الإنكار ، ثم أقر بخلاف العكس ، لأنه بعد الحكم للمستحق بإقرار المشترى ، لا يصح الحكم بعده بالبينة بخلاف ما إذا كان قبل الحكم بشىء منهما بأن برهن ثم أقر المشترى أو بالعكس فإنه يجعل الحكم قضاء بالبينة عند الحاجة إلى الرجوع كما هنا . وإن أمكن جعله قضاء بالإقرار فافهم ، وعلى هذا حمل فى الفتح ما فى فتاوى رشيد الدين من أنه لو أقر ومع ذلك برهن المستحق ، وأثبت عليه بالبينة رجع ، لأن القضاء وقع بالبينة لا بالاستحقاق ، ثم ذكر رشيد الدين فى كتاب الدعوى لو ادعى عينا و برهن ، وقبل أن يقضى له أقر له المدعى عليه اختلفوا ، فقيل : يقضى بالإقرار ، وقيل : بالبينة والأول أظهر وأقرب للصواب اهـ قال فى الفتح : وهذا يناقض ما قبله إلا أن يخص ذلك بعارض الحاجة إلى الرجوع :

---

(١) قوله (وهى تدعى أو أنها الخ) هكذا بخطه ولعل الصواب إسقاط كلمة أو كما لا يخفى اهـ مصححه .

إلا عند الحاجة فبالبينة أولى فتح ونهر (فلو استحقت مبيعة ولدت) عند المشترى لاباستيلاده (ببينة يتبعها ولدها بشرط القضاء به) أى بالولد فى الأصح زيلعى وكلام البزازى يفيد تقييده بما إذا سكت الشهود فلو بينا أنه لذى اليد أو قالوا لاندرى لا نقضى به نهر ، ثم استيلاده لايمنع استحقاق الولد بالبينة فيكون ولدالمغرور حرا

فيتحصل أنه إذا ثبت الحق بهما يقضى بالإقرار على ما جعله الأظهر وإن سبقته إقامة البينة ، مع تمكن القاضى من اعتباره قضاء بالبينة وعند تحقق حاجة الخصم إليه ينبغى اعتباره قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع اه ملخصا .

قلت : ويؤيد هذا التوفيق أنه فى جامع الفصولين نقل عبارة رشيد الدين الأولى معللة بالحاجة وذكر فى نور العين أن هذا أظهر وحقق ذلك فراجعه . والظاهر أن مثل ماهنا مالو باع شيئا كأن اشتراه ثم رد عليه بعيب قديم ، وأقر به وبرهن عليه المشترى وقضى بذلك يجعل قضاء بالبينة لحاجته إلى الرجوع على بائعه بخيار العيب (قوله فبالبينة أولى) أى فاعتبار القضاء بالبينة أولى (قوله فلو استحقت مبيعة ولدت) يشمل الدابة إذا ولدت عند المشترى أولادا كما فى نور العين عن جامع الفتاوى (قوله لاباستيلاده) قيد به لمكان قوله يتبعها ولدها ، وإلا فاستيلاد المشترى لايمنع استحقاق الولد بالبينة ، لكنه لايتبعها بل يكون ولد المشترى حرا بالقيمة كما نبه عليه بعده (قوله يتبعها ولدها) وكذا أرشها فتح قال ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل اه أى التفصيل بين كون الاستحقاق بالبينة أو بالإقرار ، وبين دعوى المقر له الزوائد وعدمها وسيذكر الشارح الزوائد آخرا (قوله بشرط القضاء به) لأنه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلابد من الحكم به وهو الأصح فى المذهب فتح . قال فى الهداية : وإليه تشير المسائل فإن القاضى إذ لم يعلم بالزوائد قال محمد لاتدخل الزوائد فى الحكم ، وكذا الولد إذا كان فى يد غيره لايدخل تحت الحكم بالأم تبعا اه والظاهر أن الأرش لايدخل تبعا (قوله فى الأصح) مقابله ماقيل : إنه إذا قضى القاضى بالأم يصير مقضيا به أيضا تبعا كما فى الفتح (قوله وكلام البزازى يفيد تقييده) أى تقييد القضاء بالولد للمستحق ، وأخذ ذلك فى النهر من قول البزازى شهدوا على رجل فى يده جارية أنها لهذا المدعى ، ثم غابا أو ماتا ولها ولد فى يد المدعى عليه يدعى أنه له وبرهن على ذلك لايلتفت الحاكم إلى برهانه ، ويقضى بالولد للمدعى فإن حضر الشهود وقالوا الولد للمدعى عليه ضمن الشهود قيمة الولد كأنهم رجعوا فإن كانوا حضورا وسألهم عن الولد ، فإن قالوا إنه للمدعى عليه أولا ندرى لمن الولد يقضى بالأم للمدعى دون الولد اه . (قوله بما إذا سكت الشهود) أى عن كونه لذى اليد ، وكذا بالأولى إذا قالوا إنه للمستحق (قوله ثم استيلاده) أى استيلاد المشترى .

مطلب فى الولد المغرور

(قوله فيكون ولد المغرور) الأولى أن يقول : ولكن يكون الخ لأن قوله : لايمنع الخ يتوهم منه أنه يتبعها كما إذا كان لاباستيلاده ، فيناسبه الاستدراك بأنه يكون ولد المغرور : أى يكون لذى اليد حرا لأن وطأه كان فى الملك ظاهرا ، وعليه للمستحق القيمة أى يوم الخصومة كما سيذكره فى باب دعوى النسب ، قال فى جامع الفصولين : ولو أولدها على هبة أو صدقة أو شراء أو وصية أخذ المستحق الأمة وقيمة الولد إذا الموجب للغرور ملك مطلق الاستباحة فى الظاهر ، وقد وجد ويرجع الأب على البائع بثمنها ، وبقيمة ولدها لا بالعقر عندنا ولايرجع على الواهب والمتصدق ، والموصى بقيمة الولد عندنا ولو باعها المشترى الأول فأولدها الثانى فاستحقت يرجع المشترى الثانى

بالقيمة لمستحقه كمامر فى باب دعوى النسب (وإن أقر) ذو اليد (بها) لرجل (لا) يتبعها فيأخذها وحدها والفرق مامر من الأصل وهذا إذا لم يدعه المقر له فلو ادعاه يتبعها وكذا سائر الزوائد نعم لا ضمان بهلاكها كزوائد المغصوب ولم يذكر النكول لأنه فى حكم الإقرار قهستانى معزيا للعمادية (ومنع التناقض) أى التدافع فى الكلام (دعوى الملك) لعين أو منفعة

على الأول بالثمن وبقيمة الولد ولا يرجع الأول على بائعه إلا بالثمن عنده وعندهما يرجع بقيمة الولد أيضا، ونظيره أن المشترى الثانى لو وجد عيبا وقد تعذر رده لعيب حدث فيرجع على بائعه بنقص العيب وبائعه لا يرجع به على بائعه عنده خلافا لهما؛

مطلب لا يرجع على بائعه بالعقر ولا بأجر الدار التى ظهرت وقفا

[تنبيه] إنما لم يرجع المشترى بالعقر لأنه بدل منفعة استوفاها لنفسه، وجزاء على فعله ومثله مالو نقصت الأرض المستحقة بالزراعة، وضمن نقصانها لا يرجع به على بائعه وبه ظهر جواب حادثة الفتوى: فيمن اشترى دارا فظهرت وقفا وضمنه ناظر الوقف أجرتها فأجبت: بأنه لا يرجع بالأجرة على البائع خلافا لما أفتى به بعض علماء مصر القاهرة فى زماننا مستدلا بقولهم الغرور فى ضمن عقد المعاوضة يوجب الرجوع، ولا يخفى أنه غير صحيح لأنه إنما يرجع بما يمكن تسليمه كما يأتى بيانه وبما ليس جزاء لفعله كما علمت (قوله بالقيمة لمستحقه) أى مضمونا بها للمستحق والمراد القيمة يوم الخصومة كما ذكره فى باب دعوى النسب (قوله كما مر) صوابه كما يأتى (قوله والفرق مامر) قال فى الهداية: ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها، فيكون له أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الأخبار، وقد حصلت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له (قوله يتبعها) لأن الظاهر أنه له زيلعى عن النهاية، ومقتضى الفرق المذكور أنه لا يكون له كما فى الفتح (قوله وكذا) أى كالولد فى التفصيل المذكور كمامر (قوله نعم لا ضمان بهلاكها) أى هلاك الزوائد ومنه موت الولد واحترز عن استهلاكها فتضمن به (قوله ومنع التناقض دعوى الملك) هذا إذا كان الكلام الأول قد أثبت لشخص معين حقا، وإلا لم يمنع كقوله: لا حق لى على أحد من أهل سمرقند ثم ادعى شيئا على أحد منهم تصح دعواه كما فى المؤيدية عن صدر الشريعة اهـ وكذا إذا كان كل من الكلامين عند القاضى؛ واكتفى بعضهم فى تحققه كون الثانى (١): عند القاضى واختار فى النهر الأول، لأن من شرائط الدعوى كونها لديه واختار فى البحر من متفرقات القضاء الثانى قال فى المنح ولعل وجهه أنه الذى يتحقق به التناقض اهـ وقال المقدسى يكاد أن يكون الخلاف لفظيا، لأن الكلام الأول لا بد أن يثبت عند القاضى، ليترتب على ماعنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان، فكأنهما فى مجلس القاضى، فالذى شرط كونهما فى مجلسه يعم الحقيقى والحكمى فى السابق واللاحق اهـ.

قلت: ويشهد له مسائل كثيرة فى دعوى الدفع وسيأتى تمام الكلام عليه فى متفرقات القضاء إن شاء الله تعالى.

مطلب فى مسائل التناقض

ثم اعلم أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضا وهو معنى قولهم: المقر إذا صار مكذبا

---

(١) قوله (واكتفى بعضهم فى تحققه كون الثانى الخ) هكذا بخطه ولعل صوابه: بكون الثانى الخ تأمل اهـ مصححه.

لما فى الصغرى طلب نكاح الأمة يمنع دعوى تملكها وكما يمنعها لنفسه يمنعها لغيره إلا إذا وفق ، وهل يكفى إمكان التوفيق ؟ خلاف سنحققه فى متفرقات القضاء :

وفروع هذا الأصل كثيرة ستجىء فى الدعوى. ومنها : ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخى ثم مات المدعى عن تركة فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه إن قال هو أخى لم يقبل للتناقض وإن قال أبى أو ابنى

شرعا بطل إقراره بحر عن البزازية وقدمنا قبل نحو ورقة مسائل فى ارتفاعه بتكذيب الحاكم ثم ذكر فى البحر بعد ورقتين ارتفاعه بثالث حيث قال : إذا قال تركت أحد الكلامين فإنه يقبل منه لما فى البزازية عن الذخيرة ادعاه مطلقا ، فدفعه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل اه أى لكون المطلق أزيد من المقيد وهو مانع لصحة الدعوى ، ولذا لو ادعى المطلق أولا لا تسمع كما فى البزازية لكونه بدعوى المقيد ثانيا يدعى أقل لكن مانقله فى البحر عن البزازية لايدل على كون ذلك قاعدة فى إبطال التناقض ، وإلا لزم أن لا يضر تناقض أصلا لتمكن المتناقض من قوله : تركت الكلام الأول فإذا أقر أنه ليس له ثم قال : هولى وتركت الأول تسمع ولا قائل به أصلا . والظاهر أن مانقله عن البزازية وجهه كونه توفيقا بين الكلامين بأن مراد المدعى الأقل الذى ادعاه أولا بدليل مافى البزازية أيضا ادعى عليه ملكا مطلقا ، ثم ادعى عليه عند ذلك الحاكم بسبب يقبل بخلاف العكس إلا أن يقول العاكس أردت بالمطلق الثانى المقيد الأول لكون المطلق أزيد من المقيد وعليه الفتوى اه فافهم (قوله طلب نكاح الأمة يمنع دعوى تملكها) تتمة عبارة الصغرى وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها اه وكان الأولى ذكره لأنه مثال منع دعوى الملك فى المنفعة (قوله وكما يمنعها لنفسها أيمنعها لغيره الخ) كما إذا ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة ، ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لاتقبل إلا إذا وفق وقال : كان لفلان الأول ، وقد وكلنى بالخصومة ثم باعه من الثانى ، ووكلنى أيضا والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد فوت مدة وبرهن على ذلك على مانص عليه الحصيرى فى الجامع دل على أن الإمكان لايكفى نهر عن البزازية (قوله سنحققه الخ) حاصل ماذكره هناك حكاية الخلاف :

قلت : وذكر فى البحر هناك أن الاكتفاء بإمكان التوفيق هو القياس والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط وذكر محشيه الرملى عن منية المفتى أن جواب الاستحسان هو الأصح اه وفى جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف والأصوب عندى أن التناقض إذا كان ظاهر السلب ، والإيجاب والتوفيق خفيا لايكفى إمكان التوفيق وإلا ينبغى أن يكفى الإمكان يؤيده مافى ح : أنه لو أقر له أنه له فمكث قدر مايمكنه الشراء منه ، ثم برهن عن الشراء منه بلاتاريخ قبل لإمكان التوفيق بأن يشتريه بعد إقراره ، لأن البينة على العقد المبهم تفيد الملك للحال ولذا لاتعتبر الزوائد اه وأقره فى نور العين (قوله وفروع هذا الأصل كثيرة) منها ادعى عليه ألفا دينا ، فأنكر ثم ادعاها من جهة الشركة لاتسمع وبالعكس تسمع لإمكان التوفيق ، لأن مال الشركة يجوز كونه دينا بالجحود :

ادعى الشراء من أبيه ثم برهن على أنه ورثها منه يقبل لإمكان أنه جحده الشراء ، ثم ورثه منه وبالعكس لا ادعى أولا الوقف ، ثم لنفسه لا تسمع كما لو ادعاها لغيره ثم لنفسه وبالعكس تسمع لصحة الإضافة بالأخصية انتفاعا :

ادعاه بشراء أو إرث ثم ادعاه مطلقا لاتسمع بخلاف العكس كما مر بحر ملخصا (قوله وإن قال أبى أو ابنى) مفاده أن قول ذلك بعد قول المدعى الأول : هو أخى وليس كذلك لأن المراد أن مدعى النفقة لو قال هو أبى أو ابنى

قبل والأصل أن التناقض (لا) يمنع دعوى مايخفى سببه كـ(النسب والطلاق و) كذا (الحرية فلو قال عبد لمشتر

وكذبه ثم بعد موته صدقه المدعى عليه ،و ادعى الإرث يقبل والفرق أن ادعاء الولاد مجردا يقبل لعدم حمل النسب على الغير بخلاف دعوى الأخوة أفاده ح ويمكن إرجاع ضمير قال هنا وفى المعطوف عليه إلى مدعى النفقة ويكون المراد أن مدعى الإرث وافقه على دعواه فافهم (قوله والأصل الخ) أشار بهذا وبالكاف إلى أنه ليس المراد حصر مايعفى فيه التناقض بماذكره المصنف بل كل مافى سببه خفاء فمنه اشترى ،أو استأجر دارا من رجل، ثم ادعى أن أباه كان اشتراها له فى صغره أو أنه ورثها منه وبرهن قبل ادعى شراء من أبيه، ثم برهن على أنه ورثها منه يقبل وبالعكس لا ادعى عينا له وعليه قيمتها ثم ادعى أنها قائمة فى يده وعليه إحضارها أو بالعكس يقبل اشترى ثوبا فى منديل ثم زعم أنه له وأنه لم يعرفه يقبل اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما أن أباه كان جعل له منها الشئ الفلانى إن قال كان فى صغرى يقبل وإن مطلقا لا وتمامه فى البحر (قوله كالنسب) كما لو باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ، ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه يقبل ويبطل الشراء الأول والثانى ، لأن النسب يبتنى على العلوق ، فيخفى عليه فيعذر فى التناقض عينى وفى جامع الفصولين : قال أنا لست وارث فلان ، ثم ادعى إرثه وبين الجهة يصح إذ التناقض فى النسب لايمنع صحة دعواه ولو قال : ليس هذا الولد منى ، ثم قال : هو منى يصح وبالعكس لا لكون النسب لا ينتفى بنفيه ، وهذا إذا صدقه الابن وإلا فلا يثبت النسب ، لأنه إقرار على الغير بأنه جزئى لكن إذا لم يصدقه الابن ثم صدقه تثبت البنوة ، لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم التصديق ،ولو أنكر الأب إقراره فبرهن الابن عليه يقبل والإقرار بأنه ابنى يقبل لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه ، أما الإقرار بأنه أخوه فلا لأنه إقرار على الغير : ولو ادعى أن أبى فلان وصدقه ثبت نسبه ، فإذا ادعى أنه ابن فلان آخر لا يسمع ، لأن فيه إبطال حق الأول ، وكذا لو لم يصدقه الأول ، لأنه أثبت له حق التصديق فلو صححنا إقراره الثانى يفضى إلى إبطال حق التصديق للأول وصار كمن ادعى أنه مولى فلان ولم يصدقه ثم ادعى أنه مولى فلان آخر لم يجز اه وتمامه فيه (قوله والطلاق) حتى لو برهنت على الثلاث بعد ما اختلعت قبل برهانها واستردت بدل الخلع لاستقلال الزوج بذلك بدون علمها ، وكذا لو قاسمت المرأة ورثة زوجها ، وقد أقروا بالزوجية كبارا ثم برهنوا على أن زوجها كان طلقها فى صحته ثلاثا رجعوا عليها بما أخذت نهر . وفى البحر عن البزازية : ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث اه تأمل (قوله وكذا الحرية) أى واو عارضه وفصله مما قبله بكذا إشارة إلى أن التفريع بعده عليه فقط ومن فروع ذلك : لو برهن البائع أو المشترى أن البائع حرره قبل بيعه يقبل إذ التناقض متحمل فى العتق .

قال فى جامع الفصولين بعد نقله أقول : التناقض إنما يتحمل بناء على الخفاء وذا يتحقق فى المشترى لا البائع لأنه يستبد بالعتق فالأولى أن يحمل هذا على قولهما إذ الدعوى غير شرط عندهما فى عتق العبد فتقبل بينة البائع حسبة وإن لم تصح الدعوى للتناقض اه .

ومنها : لو أدى المكاتب بدل الكتابة ثم ادعى تقدم إعتاقه قبلها يقبل بزازية وفى المبسوط : أقرت له بالرق فباعها ثم برهنت على عتق من البائع أو على أنها حرة الأصل يقبل استحسانا ولو باع عبدا وقبضه المشترى وذهب به إلى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهو إقرار منه بالرق ، فلا يصدق فى دعوى الحرية بعده لسعيه فى نقض ماتم من جهته إلا أن يبرهن فيقبل وكذا لو رهنه ، أو دفعه بجناية كان إقرارا بالرق لا لو آجره ثم قال : أنا حر فالقول له لأن الإجارة تصرف فى منافعه لا فى عينه وتمامه فى البحر (قوله فلو قال عبد) أى إنسان وسماه

اشترنى فأنا عبد) لزيد (فاشتراه) معتمدا على مقالته (فإذا هو حر) أى ظهر حرا (فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) يعرف مكانه (فلا شئ على العبد) لوجود القابض (وإلا رجع المشترى على العبد) بالثمن خلافا للثانى ولو قال اشترنى فقط أو أنا عبد فقط لارجوع عليه اتفاقا درر (و) رجع (العبد على البائع) إذا ظفر به (بخلاف الرهن) بأن قال ارتهنى فإنى عبد لم يضمن أصلا ، والأصل أن التغرير يوجب الضمان فى ضمن عقد المعاوضة لا الوثيقة :

عبدا باعتبار ظاهر الحال الآن وإلا فالفرض أنه حر وقوله لمشتر أى لمريد الشراء (قوله اشترنى فأنا عبد) لابد فى كون المشترى مغرورا يرجع بالثمن من هذين القيدين ، أعنى الأمر بالشراء والإقرار بكونه عبدا كما فى الفتح وغيره ، وما فى العتابية من الإكتفاء بسكوت العبد عند البيع فى رجوع المشترى عليه فهو مخالف لما فى سائر الكتب وإن غلط فيه بعض من تصدر للإفتاء بدار السلطنة العلية وأفتى بخلافه كما أفاده الأنقروى فى منهوات فتاويه . وأفاد بقوله : اشترنى أنه لو قال له أجنبى اشتره فإنه عبد فلا رجوع بحال كما فى جامع الفصولين وغيره (قوله لزيد) كذا فى النهر قال السائحانى والظاهر أنه ليس بشرط ، لأن الغرور فى ضمن المعاوضة ليس كفالة صريحة حتى يشترط معرفة المكفول له وعنه ومما اغتفروا أيضا هنا رجوع العبد على سيده بما أدى مع أنه لم يأمره بهذا الضمان الواقع منه ضمن قوله اشترنى فأنا عبد اه (قوله معتمدا على مقالته) احترز به عما إذا كان عالما بكونه حرا لأنه لاتغرير مع العلم كما لايخفى ، ولذا لو استولدها عالما بأن البائع غصبها فاستحقت لايرجع بقيمة الولد وهو رقيق كما يذكره الشارح فافهم (قوله أى ظهر حرا) ببينة أقامها ، لأنه وإن كان دعوى العبد شرطا عند أبى حنيفة فى الحرية الأصلية ، وكذا فى العارضة بعتق ونحوه فى الصحيح لكن التناقض لايمنع صحتها كما أفاده تفريع المسألة وتمامه فى الفتح (قوله يعرف مكانه) ظاهر إطلاقهم ولو بعد بحيث لايوصل إليه عادة كأقصى الهند نهر فافهم (قوله لوجود القابض) أى البائع والأولى قول الفتح للتمكن من الرجوع على القابض (قوله وإلا) أى بأن لم يعلم مكانه ومثله ما إذا مات ولم يترك شيئا فلو كان له تركة يعلم مكانها يرجع فيها فيما يظهر لأن ذلك دين عليه ، كما يأتى والدين لايبطل بالموت فافهم (قوله رجع المشترى على العبد بالثمن) لأنه يجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنا الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولاتعذر إلا فيما لايعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه هداية (قوله خلافا للثانى) أى فى رواية عنه (قوله لارجوع عليه اتفاقا) لأن الحر يشترى تخليصا كالأسير ، وقد لايجوز شراء العبد كالمكاتب زيلعى (قوله ورجع العبد على البائع) إنما يرجع عليه مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه ، وهو مضطر فى أدائه فتح فهو كمعير الرهن إذا قضى الدين لتخليص الرهن يرجع على المديون لأنه مضطر فى أدائه (قوله لم يضمن أصلا) أى سواء كان البائع حاضرا أو غائبا ، قال فى الهداية : لأن الرهن ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال ، فلا يجعل الأمر به ضمانا للسلامة ، وبخلاف الأجنبى أى لو قال اشتره فإنه عبد لأنه لايعبأ بقوله فيه ، فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدى هذا فإنى قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته اه (قوله والأصل الخ) مر هذا الأصل مبسوطا آخر باب المرابحة والتولية :

(باع عقارا ثم برهن أنه وقف محكوم بلزومه قبل وإلا لا) لأن مجرد الوقف لايزيل الملك بخلاف الإعتاق فتح واعتمده المصنف تبعا للبحر على خلاف ماصوبه الزيلعى وتقدم فى الوقف وسيجىء آخر الكتاب :
(اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعاه آخر) أنه له (لاتسمع دعواه بدون حضور البائع والمشترى) للقضاء عليهما ولو قضى له بحضرتهما ثم برهن أحدهما على أن المستحق باعه من البائع ثم هو باعه من المشترى قبل وازم البيع وتمامه فى الفتح (لاعبرة بتاريخ الغيبة) بل العبرة لتاريخ الملك (فلو قال المستحق) عند الدعوى (غابت) عنى (هذه) الدابة (منذ سنة) فقبل القضاء بها للمستحق أخبر المستحق عليه البائع عن القصة (فقال البائع لى بينة أنها كانت ملكالى منذسنتين) مثلا وبرهن على ذلك (لاتندفع الخصومة) بل يقضى بها للمستحق لبقاء دعواه فى ملك مطلق خال عن تاريخ من الطرفين (للعلم بكونه ملك الغير لايمنع من الرجوع) على البائع (عند الاستحقاق) فلو فلو استولد مشتراة يعلم غصب

مطلب فيما لو باع عقارا وبرهن أنه وقف

(قوله لأن مجرد الوقف لايزيل الملك) أى عند الإمام والفتوى على لزومه بدون الحكم بلزومه (قوله على خلاف ما صوبه الزيلعى) حيث قال وإن أقام البينة على ذلك قيل تقبل ، وقيل لاتقبل وهو أصوب وأحوط اه (قوله وتقدم فى الوقف) قدمنا هناك أن الأصح سماع البينة دون الدعوى المجردة بلا تفصيل لأن الوقف حق الله تعالى ، فتسمع فيه البينة وتمام تحقيق المسألة هناك فراجعه (قوله للقضاء عليهما) لأن الملك للمشترى واليد للبائع والمدعى يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما فتح بقى لو قال المستحق لابينة لى واستحلفهما فحلف البائع ونكل المشترى ، فإنه يؤاخذ بالثمن فإذا أداه أخذ العبد وسلمه إلى المدعى وإن حلف المشترى ، ونكل البائع لزم البائع كل قيمة العبد إلا أن يجيز المستحق البيع ويرضى بالثمن بزازية وجامع الفصولين (قوله ثم هو) أى البائع (قوله ولزم البيع) لأنه يقر القضاء الأول ولا ينقضه فتح لأن القضاء بأن المستحق باعه يقرر القضاء بأنه ملك المستحق (قوله وتمامه فى الفتح) حيث قال : ولو فسخ القاضى البيع بطلب المشترى ، ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض اه فأفاد أن قوله ولزم البيع مقيد بما إذا لم يفسخ القاضى البيع :

مطلب لاعبرة بتاريخ الغيبة

(قوله لاعبرة بتاريخ الغيبة الخ) اعلم أن الخارج مع ذى اليد لو ادعيا ملكا مطلقا فالخارج أولى إلا إذا برهن ذو اليد على النتاج أو أرخا الملك وتاريخ ذى اليد أسبق فهو أولى ، ولو أرخ أحدهما فقط يقضى للخارج عندهما ، وعند أبى يوسف وهو رواية عن الإمام يحكم للمؤرخ خارجا أو ذايد كما فى جامع الفصولين من الفصل الثامن ، وأفاد المصنف أن تاريخ الغيبة غير معتبر ، لأن قول الخارج إن هذا الحمار غاب عنى منذ سنة ليس فيه تاريخ ملك فإذا قال ذو اليد : إنه ملكى منذ سنتين مثلا ، وبرهن لايحكم له لأنه وجد تاريخ الملك من أحدهما فقط ، وهو غير معتبر فيقضى به للخارج عندهما كما علمت ، ومثله لو برهن الخارج أنه له منذ سنتين وذو اليد أنه بيده منذ ثلاث سنين ، فهو للخارج لأن ذا اليد لم يبرهن على الملك كما فى جامع الفصولين (قوله بل العبرة لتاريخ الملك) أى التاريخ الموجود من الطرفين كما علمت ، وإلا فتاريخ الملك هنا وجد من المدعى عليه لكنه لم يوجد من المدعى بل وجد منه تاريخ الغيبة فقط (قوله فقبل) ظرف متعلق بأخبر (قوله أخبر المستحق عليه) أى الذى ادعى عليه بالاستحقاق ، وهو المشترى وهو مرفوع على أنه فاعل أخبر والبائع مفعوله (قوله بل يقضى بها للمستحق) لأنه ماذكر تاريخ الملك بل تاريخ الغيبة ، فبقى دعواه الملك بلا تاريخ والبائع ذكر تاريخ الملك ودعواه

البائع إياها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور ، ويرجع بالثمن وإن أقر بملكية المبيع للمستحق درر :
وفي القنية : لو أقر بالملك للبائع ثم استحق من يده ورجع لم يبطل إقراره فلو وصل إليه بسبب ما أمر بتسليمه إليه
بخلاف ما إذا لم يقر لأنه محتمل بخلاف النص (لا يحكم) القاضي (بسجل الاستحقاق بشهادة أنه كتاب) قاضي
(كذا) لأن الخط يشبه الخط فلم يجز الاعتماد على نفس السجل (بل لابد من الشهادة عن مضمونه) ليقضي للمستحق
عليه بالرجوع بالثمن (كذا) الحكم فيما سوى نقل الشهادة والوكالة) من محاضر وسجلات وصكوك لأن المقصود
بكل منها إلزام الخصم بخلاف نقل وكالة وشهادة لأنهما لتحصيل العلم للقاضي ولذا لزم إسلامهم ولو الخصم كافرا

دعوى المشتري ، لأن المشتري تلقى الملك منه ، فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ سنتين إلا أن التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد ، فسقط اعتبار ذكره وبقيت الدعوى في الملك المطلق ، فيقضى بالدابة . درر : أي يقضى بها للمستحق . قال في جامع الفصولين من الفصل السادس عشر بعد ذكره ما مر :
قول : ويقضى بها للمؤرخ عند أبي يوسف ، لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد وينبغي الافتاء به لأنه أرفق وأظهر والله تعالى أعلم اهـ (قوله لانعدام الغرور) لعلمه بحقيقة الحال درر ، ومثله ما لو تزوج من أخبرته بأنها حرة عالما بكذبها فأولدها فالولد رقيق كما في جامع الفصولين (قوله ويرجع بالثمن) أي على بائعه وكان الأولى ذكر الرجوع بالثمن أولا ، لكونه المقصود من التفريع على كلام المتن ، ثم يقول : ولكن يكون الولد رقيقا أفاده السائحاني (قوله وإن أقر بملكية المبيع للمستحق) أي بعد أن يكون الاستحقاق ثابتا بالبينة لا بإقرار المشتري المذكور ، فلا ينافي قول المصنف السابق أما إذا كان بإقرار المشتري أو بنكوله فلا على أنه قدم الشارح أنه إذا اجتمع الاقرار والبينة يقضى بالبينة عند الحاجة إلى الرجوع وبه اندفع ما في الشرنبلالية من توهم المنافاة فافهم (قوله ورجع) أي بالثمن (قوله بسبب ما) أي بشراء أو هبة أو إرث أو وصية (قوله بخلاف ما إذا لم يقر) أي المشتري أي لم يقر نصا بأنه ملك للبائع ، فإن الشراء وإن كان إقرارا بالملك ، لكنه محتمل وفي جامع الفصولين ، لأنه وإن جعل مقرا بالملك للبائع لكنه مقتضى الشراء ، وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار (قوله بل لابد من الشهادة على مضمونه) بأن يشهدا أن قاضي بلدة كذا قضى على المستحق عليه بالدابة التي اشتراها من هذا البائع ، وأخرجها من يد المستحق عليه كما في جامع الفصولين وغيره (قوله من محاضر) بيان لما والمراد مضمون ما في المذكورات ، فلا بد فيها من الشهادة على مضمون المكتوب لما في المنح والمحضر ما يكتبه القاضي من حضور الخصمين والتداعي والشهادة والسجل ما يكتب فيه نحو ذلك وهو عنده والصك ما يكتبه لمشتر أو شفيع ونحو ذلك اهـ ط (قوله بخلاف نقل وكالة) كما إذا وكل المدعي إنسانا بحضرة القاضي ليدعي على شخص في ولاية قاض آخر وكتب القاضي كتابا يخبره بالوكالة ط (قوله وشهادة) كما إذا شهدوا على خصم غائب ، فإن القاضي لا يحكم بل يكتب الشهادة ليحكم بها القاضي المكتوب إليه ، ويسلم المكتوب لشهود الطريق كما يأتي في باب كتاب القاضي إلى القاضي ح (قوله لأنهما لتحصيل العلم للقاضي) أي لمجرد الإعلام لا لنقل الحكم ، فلا تشترط الشهادة على مضمونهما ، بل تكفي الشهادة بأنهما من قاضي بلدة كذا هذا ما يفيده كلامه تبعا للدرر ، لكن سيأتي في كتاب القاضي إلى القاضي اشتراط قراءته على الشهود أو إعلامهم به ومقتضاه أنه لابد من شهادتهم بمضمونه وإلا فما الفائدة في قراءته عليهم ولعل ما هنا مبني على قول أبي يوسف بأنه لا يشترط سوى شهادتهم بأنه كتابه ، وعليه الفتوى كما سيأتي هناك (قوله ولذا لزم الخ) قال المصنف في كتاب القاضي إلى القاضي في مسألة نقل الشهادة ولابد من إسلام شهوده ولو كان لذمي على ذمي وعلله الشارح بقوله لشهادتهم على فعل المسلم اهـ ط

(ولا رجوع فى دعوى حق مجهول من دار صولح على شىء) معين (واستحق بعضها) لجواز دعواه فيما بقى (ولو استحق كلها رد كل العوض) لدخول المدعى فى المستحق (واستفيد منه) أى من جواب المسألة أمران أحدهما (صحة الصلح عن مجهول) على معلوم لأن جهالة الساقط لاتفضى إلى المنازعة (و) الثانى (عدم اشتراط صحة الدعوى لصحته) لجهالة المدعى به حتى لو برهن لم يقبل مالم يدع إقراره به (ورجع) المدعى عليه (بحصته فى دعوى كلها إن استحق شىء منها لفوات سلامة المبدل قيد بالمجهول لأنه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع مادام فى يده ذلك المقدار وإن بقى أقل رجع بحساب ما استحق منه :

[فرع] : لو صالح من الدنانير على دراهم وقبض الدراهم فاستحقت بعد التفرق رجع بالدنانير لأن هذا الصلح فى معنى الصرف فإذا استحق البدل بطل الصلح فوجب الرجوع درر وفيها فروع أخر فلتنظر وفى المنظومة المحبية مهمة منها :

لو مستحقا ظهر المبيع ... له على بائعه الرجوع
بالثمن الذى له قد دفعا ... إلا إذا البائع ههنا ادعى
بأنه كان قديما اشترى ... ذلك من ذا المشترى بلامرا

(قوله ولا رجوع الخ) أى لو ادعى حقا مجهولا فى دار فصولح على شىء كمائة درهم مثلا فاستحق بعض الدار لم يرجع صاحب الدار بشىء من البدل على المدعى لجواز أن تكون دعواه فيما بقى ، وإن قل درر وعبارة الهداية فاستحقت الدار إلا ذراعا منها . والظاهر أنه لو كان الاستحقاق على سهم شائع كربع أو نصف فهو كذلك ، لأن المدعى لم يدع سهما منها لأن دعوى حق مجهول تشمل السهم والجزء . نعم : لو ادعى سهما شائعا يكون استحقاق الربع مثلا واردا على ربع ذلك السهم أيضا فللمدعى عليه الرجوع بربع بدل الصلح هذا ماظهرلى فتأمله (قوله لدخول المدعى فى المستحق) بالبناء للمجهول فيهما قال فى الدرر للعلم بأنه أخذ عوض مالم يملكه (قوله واستفيد منه الخ) كذا ذكره شراح الهداية (قوله لأن جهالة الساقط لاتفضى إلى المنازعة) لأن المصالح عنه ساقط ، فهو مثل الإبراء عن المجهول فإنه جائز عندنا لما ذكر بخلاف عوض الصلح فانه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوما لئلا يفضى إلى المنازعة (قوله لصحته) أى صحة الصلح (قوله لجهالة المدعى به) بيان لوجه عدم صحة الدعوى لأن المدعى به إذا كان مجهولا لا تصح الدعوى حتى لو برهن عليه لم يقبل (قوله مالم يدع إقراره به) أى فإذا ادعى إقرار المدعى عليه بذلك الحق المجهول وبرهن على إقراره به يقبل أى ويجبر المقر على البيان كما نقله ط عن لوح (قوله بحصته) الأولى ذكره بعد قوله شىء منها لأن الضمير راجع إليه ط .(قوله لفوات سلامة المبدل) أى الشىء الذى استحق فإنه لم يسلم للمصالح قال فى الدرر : لأن الصلح على مائة وقع عن كل الدار فإذا استحق منها شىء تبين أن المدعى لايملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض اه فافهم (قوله لم يرجع الخ) هذا ظاهر فيما إذا ورد الاستحقاق على سهم شائع أيضا كربعها أو نصفها أما إذا استحق جزء معين منها كذراع مثلا من موضع كذا فالصلح عن دعوى ربعها يدخل فيه ربع ذلك الجزء المستحق تأمل (قوله وإن بقى أقل) بأن ادعى الربع ولم يبق بعد الاستحقاق فى يد المدعى عليه إلا الثمن فيرجع بحصة الثمن المستحق ط (قوله فوجب الرجوع) أى بأصل المدعى وهو الدنانير ط (قوله وفيها فروع أخر فلتنظر) منها استحقاق بعض المبيع وسيأتى ومنها مسائل أخر تقدمت فى فصل الفضولى (قوله إلا إذا البائع ههنا ادعى الخ) أى فلا يرجع بالثمن لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه بزازية . لكن هذا ظاهر إذا اتحد الثمن فلو زاد فله الرجوع

لو اشترى خرابة وأنفقا ... شيئا على تعميرها وطفقا
ذاك يسوى بعدها آكامها ... ثم استحق رجل تمامها
فالمشترى فى ذاك ليس راجعا ... على الذى غدلتلك بائعا
ولا على ذا المستحق مطلقا ... بذا الذى كان عليها أنفقا
وإن مبيع مستحقا ظهرا ... ثم قضى القاضى على من اشترى
به فصالح الذى ادعاه ... صلحا على شىء له أداه
يرجع فى ذاك بكل الثمن ... على الذى قد باعه فاستبن

وفى المنية شرى دارا وبنى فيها فاستحقت رجع بالثمن وقيمة البناء مبنيا على البائع إذا سلم النقض إليه

عليه بالزيادة كما قاله ط وكذا لو ادعى إقراره بأنه اشتراه منى وهى حيلة لامن البائع غائلة الرد بالاستحقاق وبيانها أن يقر المشترى بأن بائعى قبل أن يبيعه منى اشتراه منى فحينئذ لا يرجع بعد الاستحقاق لما قلنا أما لو قال لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ، ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط كما فى الفتح (قوله وطفقا ذاك) أى شرع واسم الإشارة للمشترى (قوله آكامها) بمد الهمزة جمع أكمة محركة التل (قوله تمامها) أى الخرابة وما بناه فيها (قوله مطلقا) لم يظهرلى المراد به تأمل (قوله بذا الذى كان عليها أنفقها) متعلق بقوله راجعا المقدر فى المعطوف أو المذكور فى المعطوف عليه ولو قدم هذا الشرط على الذى قبله لكان أظهر ويكون المراد بقوله مطلقا أنه لا يرجع على المستحق بما أنفق ، ولا بالثمن أما على البائع فلا رجوع بما أنفق فقط ، ويرجع بالثمن كما صرح به فى جامع الفصولين ، ثم المراد بما أنفق قيمة البناء إن كان بنى فيها أو أجرة التسوية ونحوها كما يظهر مما يأتى .

ثم اعلم أنا قدمنا أنه لا يرجع المشترى على البائع بالثمن إذا صار المبيع بحال لو كان غصبا لملكه كما لو قطع الثوب وخاطه قميصا فاستحق القميص أو طحن البر فاستحق الدقيق . وقد اختلفوا فيما لو غصب أرضا وبنى فيها أو غرس ما قيمته أكثر من قيمة الأرض هل يملك الأرض بقيمتها أم يؤمر بالقلع ؟ والرد إلى المالك : أفتى المفتى أبو السعود بالثانى ، وعليه يظهر إطلاقهم هنا إما على القول الأول فتقييد المسألة بما إذا كان قيمة البناء أقل وإلا كان الاستحقاق واردا على ملك المشترى وهو الأرض والبناء بلا رجوع له على البائع أصلا فتنبه لذلك (قوله به) أى بالمبيع أو بالاستحقاق وهو متعلق بقوله قضى والضمير فى قوله فصالح عائد على من اشترى والذى ادعاه وهو المستحق مفعول صالح وصلحا مفعول مطلق وضمير له عائد على الذى (قوله يرجع الخ) أى لأنه صار شاريا للمبيع من المستحق ومر تمام الكلام على ذلك أوائل الباب (قوله شرى دارا) أى ولو كان الشراء فاسدا كما فى جامع الفصولين معللا بتحقق الغرور فيه (قوله وبنى فيها) أى من ماله فلو بنى بنقضها لم يرجع بقيمته ، كما هو ظاهر ولا بما أنفق كما يعلم مما يأتى (قوله فاستحقت) أى الدار وحدها دون ما بناه فيها (قوله وقيمة البناء مبنيا) أى يقوم مبنيا فيرجع بقيمته لا مقلوعا والمراد بالبناء ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتى فلا يرجع بما أنفق من طين ونحوه ولا بأجرة البانى ونحوه (قوله على البائع) ثم هذا البائع يرجع على بائعه بالثمن فقط لا بقيمة البناء عنده وعندهما يرجع بقيمة البناء ذخيرة (قوله إذا سلم النقض إليه) ظاهره أنه يرجع بعد ما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبائع غائب ، ثم سلم نقضه إلى البائع وذكر فى الخانية عن ظاهر الرواية أنه لا يرجع عليه إلا إذا سلمه البناء قائما فهدمه البائع ثم قال : والأول أقرب إلى النظر .

يوم تسليمه وإن لم يسلم فبالثمن لاغير كما لو استحقت بجميع بنائها لما تقرر أن الاستحقاق متى ورد على ملك المشترى لايوجب الرجوع على البائع بقيمة البناء مثلا ولو حفر بئرا أو تنى البلوعة أورم من الدارشيئا ثم استحقت لم يرجع بشىء على البائع لأن الحكم يوجب الرجوع بالقيمة لابالنفقة كما فى مسألة الخرابة حتى لو كتب فى الصك فما أنفق المشترى فيها من نفقة .أورم فيها من مرمة فعلى البائع يفسد البيع ولو حفر بئرا وطواها يرجع بقيمة الطى لابقيمة الحفر فاو شرطاه فسد وكذا لو حفر ساقية إن قنطر عليها رجع بقيمة بناء القنطرة لابنفقة حفر الساقية .

وبالجملة فإنما يرجع إذابنى فيها أو غرس بقيمة مايمكن نقضه وتسليمه إلى البائع فلا يرجع بقيمة جص وطين

قلت : وعزاه فى الذخيرة إلى عامة الكتب (قوله يوم تسليمه) متعلق بقيمة فاو سكن فيه وانهدم بعضه أو زادت قيمته يرجع عليه بقيمة البناء يوم التسليم كما بسطه فى جامع الفصولين ، ونقلناه فى آخر المرابحة عن الخانية (قوله فبالثمن لا غير) وعند البعض له إمساك النقض والرجوع بنقصانه أيضا كما فى الذخيرة (قوله كما لو استحقت بجميع بنائها) أى فانه يرجع بالثمن لا غير وهذه مسألة الخرابة السابقة (قوله لما تقرر الخ) قال فى جامع الفصولين لأن الاستحقاق إذا ورد على ملك المشترى لايوجب الرجوع على البائع والبناء ملك المشترى فلا يرجع به ولأنه لما استحق الكل لا يقدر المشترى أن يسلم البناء إلى البائع ،وقد مر أنه يرجع بقيمة بنائه ما لم يسلمه إلى البائع اه (قوله لأن الحكم الخ) أى حكم القاضى بالاستحقاق يوجب الرجوع بالقيمة : أى بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتى لابالنفقة أى لابما أنفقه وهوهنا أجرة الحفر والترميم بطين ونحوه ممالايمكن نقضه وتسليمه ، وأفاد أنه لا فرق بين أن يستحق لجهة وقف أو ملك وعبارة الشارح آخر كتاب الوقف توهم خلافه وقدمنا الكلام عليها هنالك (قوله كما فى مسألة الخرابة) أى المتقدمة فى النظم وهذا تشبيه ، لقوله لا بالنفقة إن كان لم يبن فى الخرابة ، وإن كان بنى فيها فهو تمثيل لقوله كما لو استحقت الخ (قوله حتى لو كتب فى الصك) أى صك عقد البيع وهو تفريع على قوله لا بالنفقة (قوله فعلى البائع) أى إذا ظهرت مستحقة ط (قوله يفسد البيع) لأنه شرط فاسد لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ط (قوله وطواها) أى بناها بحجر أوآجر (قوله لا بقيمة الحفر) كذا فى جامع الفصولين ، والأظهر التعبير بنفقة الحفر لأنالحفر غير متقوم (قوله فاو شرطاه) أى الرجوع بنفقة الحفر (قوله وبالجملة) أى وأقول قولا ملتبسا بالجملة أى مشتملا على جملة ما تقرر (قوله بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه) أى بعد أن يسلمه للبائع كما مر ، وهذا إن لم يكن عالما بأن البائع غاصب فلو علم لم يرجع لأنه مغتر لا مغرور بزازية ولو قال البائع : بعتها مبنية وقال المشترى أنا بنيتها فارجع عليك فالقول للبائع ، لأنه منكر حق الرجوع ، ولو أخذ دارا بشفعة فبنى ثم استحق منه رجع على المشترى بثمنه لا بقيمة بنائه لأنه أخذها برأيه جامع الفصولين ،وفيه لو أطمر الزرع بالأرض فللمستحق أن يضمنه للنقصان ولا يرجع المشترى على بائعه إلا بالثمن .

[تنبيه] نظم فى الوهبانية مسألة أخرى وعزاها شارحها سيدى عبد الغنى النابلسى إلى جامع الفتاوى وهى رجل اشترى كرما فقبضه ، وتصرف فيه ثلاث سنين ، ثم استحقه رجل وبرهن وأخذه بقضاء القاضى ، ثم طلب الغلة التى أتلفها المشترى هل يجوز رده أم لا ؟ الجواب فيه يوضع من الغلة مقدار ما أنفق فى عمارة الكرم من قطع الكرم وإصلاح السواق وبنيان الحيطان ومرمته وما فضل من ذلك يأخذه المستحق من المشترى اه وبه أفتى في الحامدية أيضا وعزاه إلى جامع الفتاوى ، وقال وبمثله أفتى الشيخ خير الدين فى فتاواه وأيضا أبو السعود أفندى مفتى السلطنة نقلا عن التوفيق كما فى صور المسائل من الاستحقاق ونقله الأنقروى فى فتاواه اه .

وتمامه فى الفصل الخامس عشر من الفصولين . وفيه شرى كرما فاستحق نصفه له رد الباقى إن لم يتغير فى يده ولم يأكل من ثمره ولو شرى أرضين فاستحقت إحداهما إن قبل القبض خير المشترى وإن بعده لزمه غير المستحق بحصته من الثمن بلا خيار ولو استحق العبد أو البقرة لم يرجع بما أنفق ولو استحق ثياب القن أو برذعة الحمار لم يرجع بشىء وكل شىء يدخل فى البيع تبعا لاحصة له من الثمن ، ولكن يخير المشترى فيه قنية ولو استحق من يد المشترى الأخير كان قضاء على جميع الباعة ولكل أن يرجع على بائعه بالثمن

قلت : وهذا مشكل لأنه مثل قيمة الجص والطين ، فلا يرجع به على البائع ولا على المستحق لأن زوائد المغصوب متصلة أو منفصلة تضمن بالاستهلاك والغلة منهما ، ولعل وجهه أنه إذا اقتطع من الغلة ما أنفقه لم يكن رجوعا من كل وجه لأن الغلة إنما نمت وصلحت بانفاقه كما فى الانفاق على الدابة كما يأتى لكن كان الأوفق الرجوع على البائع ، لأنه غر المشترى فى ضمن عقد البيع ولاصنع للمستحق فى ذلك فليتأمل (قوله فى الفصل الخامس عشر) صوابه السادس عشر (قوله له رد الباقى) لعيب الشركة (قوله إن لم يتغير الخ) لأن ذلك مانع من الرد بالعيب (قوله ولو شرى أرضين الخ) قال فى جامع الفصولين : استحق بعض المبيع فلو لم يميز إلا بضرر كدار وكرم وأرض وزوجى خف ومصراعى باب وقن يتخير المشترى ، وإلا فلا كثوبين لأن منفعة الدار يتعلق بعضها ببعض ومنفعة الثوب لاتتعلق بمنفعة ثوب آخر اه . وهذا إذا كان بعد القبض ولذا قال بعده ولو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ، ويخير المشترى فى الباقى كما مر سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أولا لتفرق الصفقة قبل التمام وكذا لو استحق بعد قبضه ، سواء استحق المقبوض أو غيره يخير كما مر لما مر من التفرق ، ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ثم لو ورث الاستحقاق عيبا فيما بقى يخير المشترى كما مر ولو لم يورث عيبا فيه كثوبين أوقنين استحق أحدهما أو كيلى أو وزنى استحق بعضه أولا يضر تبعيضه فالمشترى يأخذ الباقى بلا خيار اه وتقدم تمام الكلام على ذلك فى خيار العيب (قوله لم يرجع بما أنفق) أى لم يرجع المشترى على البائع قنية وفيها أيضا : اشترى إبلا مهازيل فعلفها حتى سمنت ، ثم استحقت لا يرجع على البائع بما أنفقه وبالعلف اه ونقل فى الحامدية بعده عن القاعدية : اشترى بقرة وسمنها ثم استحقت فإنه يرجع على بائعه بما زاد كما لو اشترى دارا وبنى فيها ثم استحقت اه وهذا يناسب مسألة الكرم المارة آنفا لكن يفيد أن يكون الرجوع على البائع كما قلنا وما ذكره فى القنية من عدم الرجوع هنا أظهر والفرق بين التسمين والبناء ظاهر مما مر فلذا مشى عليه الشارح (قوله ولو استحق ثياب القن الخ) فى جامع الفصولين شرى أرضا فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحقت الأشجار قيل : لا حصة لها من الثمن كثوب قن وبردعة حمار ، فإن ما يدخل تبعا لا حصة له من الثمن ، وقيل الرواية أنه يرجع بحصة الأشجار والفرق أنها مركبة فى الأرض ، فكأنه استحق بعض الأرض ، بخلاف الثياب فالتبعية هنا أقل ولذا كان للبائع أن يعطى غيرها لو كانت ثياب مثله : ثم قال أقول فى الشجر : وكل ما يدخل تبعا إذا استحق بعد القبض ينبغى أن يكون له حصة من الثمن اه .

قلت : ويدل له مانقل عن شرح الاسبيجابى الأوصاف لاقسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض والأوصاف مايدخل فى البيع بلا ذكر كبناء وشجر فى أرض وأطراف فى حيوان وجودة فى الكيلى والوزنى وعن فتاوى رشيد الدين البناء وإن كان تبعا إذا لم يذكر فى الشراء ، لكن إذا قبض يصير مقصودا ويصير له حصة من الثمن اه وفى الخالية : وضع محمد رحمه الله تعالى أصلا كل شىء إذا بعته وحده لايجوز بيعه وإذا بعته مع غيره

بلا إعادة بينة لكن لايرجع قبل أن يرجع عليه المشترى عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف : له أن يرجع قال ألا ترى أن المشترى الثانى لو أبرأ الأول من الثمن كان للأول الرجوع كما لو وجد العبد حرا فلكل الرجوع قبله خانية لكن فى الفصولين مايخالفه فتنبه .

ولو اشترى عبدا فأعتقه بمال أخذه منه ثم استحق العبد لم يرجع المستحق بالمال على المعتق ولو شرى دارا بعبد وأخذت بالشفعة ثم استحق العبد بطلت الشفعة ويأخذ البائع الدار من الشفيع لبطلان البيع والله أعلم .

جاز فإذا استحق ذلك الشيء قبل القبض كان المشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقى بجميع الثمن ، وإن شاء ترك وكل شيء إذا بعته وحده يجوز بيعه فإذا بعته مع غيره فاستحق كان له حصة من الثمن اه .

قلت : فصار الحاصل أن مايدخل فى البيع تبعا إذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن ، فيرجع على البائع بحصته وإن استحق قبل القبض ، فإن كان لايجوز بيعه وحده كالشرب ، فلا حصة له من الثمن ، فلا يرجع بشيء بل يخير بين الأخذ بكل الثمن والترك ، وإن جاز بيعه وحده كالشجر وثوب القن كان له حصة من الثمن ، فيرجع بها على البائع وهذا إذا لم يذكر فى البيع لما فى جامع الفصولين إذا ذكر البناء والشجر كانا مبيعين قصدا لاتبعا ، حتى لو فاتا قبل القبض يأخذ الأرض بحصتها ،ولا خيار له ولو احترقا أوقلعهما ظالم قبل القبض يأخذها بجميع الثمن أو ترك ولا يأخذ بالحصة ، بخلاف الاستحقاق والهلاك بعد القبض وهو على المشترى (قوله بلاإعادة بينة) أى على الاستحقاق وهذا إذا كان الرجوع عند القاضى الذى حكم بالاستحقاق ،وهو ذاكر لذلك فلو نسى أو كان عند غيره لابد من الإعادة كما أفاده فى جامع الفصولين (قوله لو أبرأ الأول من الثمن) أى بأن حكم القاضى بالاستحقاق ، وحكم للمشترى الأخير بالرجوع على الأول بالثمن ، ثم أبرأه فللمشترى الأول الرجوع على بائعه كما قدمه الشارح أوائل الباب عن جامع الفصولين ، ونقلنا قبله عن الذخيرة وجامع الفصولين :أنه لو أبرأه البائع عن الثمن قبل الاستحقاق فلا رجوع له بعد الاستحقاق ، لأنه لاثمن له على بائعه وكذا لارجوع لبقية الباعة (قوله لكن فى الفصولين مايخالفه) الذى فى جامع الفصولين التفرقة بين الاستحقاق المبطل والناقل كما تقدم فى المتن أول الباب . وهذا لايخالف المنقول هنا عن أبى حنيفة ، وإن كان مراده المخالفة فى مسألة الإبراء فلم أر فيه مخالفة لما هنا أيضا بل فيه التفرقة بين إبراء المشترى البائع وبين إبراء البائع المشترى كما ذكرناه آنفا وقدمناه أول الباب (قوله لم يرجع المستحق بالمال على المعتق) كذا فى القنية والظاهر أن المراد بالمال ماكان من كسب العبد ، لأن غايته أنه ظهر بالاستحقاق أن المعتق غاصب للعبد والغاصب يملك كسب العبد المغصوب أما لوكان المال للمولى مع العبد فأعتقه عليه ينبغى أن يثبت للمستحق الرجوع به على المعتق تأمل (قوله وأخذت بالشفعة) أى بقيمة العبد أو بعينه إن وصل إلى الشفيع بجهة ط (قوله ويأخذ البائع الدار من الشفيع) أى ويرجع الشفيع بما دفع من قيمة العبد على البائع (قوله لبطلان البيع) علة لقوله بطلت الشفعة ط والتعليل بذلك مذكور فى القنية ،وهو صريح فى أن الاستحقاق فى بيع المقايضة يبطل البيع وفى جامع الفصولين استحقاق بدل المبيع يوجب الرجوع بعين المبيع قائما وبقيمته هالكا وفيه أيضا إذا استحق أحد البدلين فى المقايضة وهلك البدل الآخر تجب قيمة الهالك لاقيمة المستحق لانتقاض البيع اه وفى حاشيته للخير الرملى هذا يدل بإطلاقه على مالو باعه المقايض لغيره وسلمه له ، ثم استحق بدله من يد المقايض للثانى أن يرجع بعين المبيع على المشترى منه لانتقاض البيع ، ومن لوازمه رجوعه إلى ملكه فإذا رجع عليه وأخذ منه يرجع هو بما دفع لبائعه من الثمن ، وتسمع دعوى مالك المبيع على المشترى بغيبة بائعه لدعواه الملك لنفسه ، فينتصب خصما للمدعى وهى واقعة الحال فى مقايضة بهيم ببهيم وتقابضا

باب السلم

(هو) لغة كالسلف وزناومعنى وشرعا (بيع آجل) وهو المسلم فيه (بعاجل) وهو رأس المال (وركنه ركن البيع) حتى ينعقد بلفظ بيع فى الأصح (ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم) بكسر اللام (و) يسمى (الآخر المسلم إليه والحنطة مثلا المسلم فيه) والثمن رأس المال (وحكمه ثبوت الملك للمسلم إليه ولرب السلم فى الثمن والمسلم فيه) فيه لف ونشر مرتب (ويصح فيما أمكن ضبط صفته) كجودته ورداءته (ومعرفة قدره كمكيل وموزون و) خرج بقوله (مثمن) الدراهم والدنانير لأنها أثمان فلم يجز فيها السلم خلافا لمالك

وباع أحدهما مافي يده وسلم فاستحق من مشتريه ولم أر فيها صريح النقل غير ماهنا لكن مجرد الاستحقاق لايوجب نقض البيع وفسخه كما مر بيانه اه ملخصا وتمامه فيها .

[خاتمة] لم أر من ذكر ما إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كموت الدابة مثلا وهى واقعة الفتوى وقد أجبت بأن المستحق لابد له من إقامة البينة على قيمتها يوم الشراء فيضمن المشترى القيمة ويرجع على بائعه بالثمن لابما ضمن لأن المشترى غاصب الغاصب وقد صرحوا فى الغصب بأن المشترى من الغاصب إذا ضمن القيمة يرجع على بائعه بالثمن لأن رد القيمة كرد العين والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب السلم

شروع فيما يشترط فيه قبض أحد العوضين أو قبضهما كالصرف ، وقدم السلم عليه لأنه بمنزلة المفرد من المركب رخص باسم السلم لتحقيق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعنى تسليم رأس المال وتمامه فى النهر (قوله وشرعا) معطوف على قوله لغة (قوله بيع آجل بعاجل) كذا عرفه فى الفتح ، واعترض على مافى السراج والعناية من أنه أخذ عاجل بآجل بأنه غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل . وفى غاية البيان أنه تحريف من النساخ وأجاب فى البحر : بأنه من باب القلب ، والأصل أخذ آجل بعاجل :

قلت : وفيه أن القلب لايسوغ لغير البلغاء لأجل نكتة بيانية كما صرحوا به ولا سيما فى التعاريف ، ويظهر لى الجواب بأنه ناظر إلى ابتدائه من جانب المسلم إليه أى أخذ ثمن عاجل ، ويؤيده كون السلم كالسلف مشعرا بالتقدم أولا ، فالمناسب الابتداء بالعاجل وهو الثمن ثم رأيت فى النهر عن الحواشى السعدية مايوافق ماقلنا حيث قال : يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى إذ الأصل هوعدم التغيير إلا أن يثبت بدليل اه : ويظهر لى أيضا أن الأولى فى تعريفه أن يقال شراء آجل بعاجل لأن السلم اسم من الإسلام كما فى القهستانى ولا يخفى أن الإسلام صفة ، فهو المنظور إليه أصالة ولذا سموه رب السلم أى صاحبه ، فالمناسب بناء التعريف على ما يشعر به اللفظ والمعنى ، وهو الشراء الذى هو المراد بالإسلام الصادر من رب السلم بخلاف البيع الصادر من المسلم إليه ، ومثله الأخذ لعدم إشعار اشتقاق اللفظ بهما (قوله وركنه ركن البيع) من الإيجاب والقبول (قوله حتى ينعقد الخ) وكذا ينعقد البيع والشراء بلفظ السلم ولم يحك فى القنية فيه خلافا نهر (قوله ويصح فيما أمكن ضبط صفته) لأنه دين وهو لا يعرف إلا بالوصف فإذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة ، فلا يجوز كسائر الديون نهر (قوله كمكيل وموزون)فلو أسلم فى المكيل وزنا كما إذا أسلم فى البر والشعير بالميزان فيه روايتان والمعتمد الجواز لوجود الضبط وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون كيلا بحر (قوله فلم يجز فيها السلم) لكن

(وعددى متقارب كجوز وبيض وفلس) وكثرى ومشمش وتين (ولبن) بكسر الباء (وآجر بملبن معين) بين صفته ومكان ضربه خلاصة وذرعى كثوب بين قدره طولا وعرضا (وصنعته) كقطن وكتان ومركب منهما (وصفته) كعمل الشام أو مصر أو زيد أو عمرو (ورقته) أوغلظه (ووزنه إن بيع به) فإن الديباج كلما ثقل وزنه زادت قيمته

إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير أيضا كان العقد باطلا اتفاقا ، وإن كان غيرها كثوب فى عشرة دراهم لا يصح سلما اتفاقا ، وهل ينعقد بيعا فى الثوب بثمن مؤجل ؟ قال أبو بكر الأعمش : ينعقد وعيسى بن أبان لا وهو الأصح نهر وهذا صححه فى الهداية ورجح فى الفتح الأول وأقره فى البحر واعترضه فى النهر بما هو ساقط جدا كما أوضحته فيما علقته على البحر (قوله وعددى متقارب) الفاصل بين المتفاوت والمتقارب أن ما ضمن مستهلكه بالمثل ، فهو متقارب وبالقيمة يكون متفاوتا بحر عن المعراج (قوله كجوز) أى جوز الشام بخلاف جوز الهند كما فى البحر (قوله وبيض) ظاهر الرواية أن بيض النعام من المتقارب فى رواية الحسن عن الإمام لا يجوز لتفاوت آحاده ، والوجه أن ينظر إلى الغرض فى العرف ، فان كان الغرض منه الأكل فقط كعرف أهل البوادى وجب العمل بالأول أو القشر ليتخذ فى سلاسل القناديل كما فى مصر وغيرها وجب العمل بالرواية الأخرى ووجب مع ذكر العدد تعيين المقدار واللون مع نقاء البياض وإهداره فى الفتح ، وأجازوه فى الباذنجان والكاغد عددا وحمله فى الفتح على باذنجان ديارهم وفى ديارنا ليس كذلك وعلى كاغد بقالب خاص وإلا لا يجوز اهـ . وفى الجوهرة : لا يجوز السلم فى الورق إلا أن يشترط منه ضرب معلوم الطول والعرض والجودة (قوله وفلس) الأولى وفلوس لأنه مفرد لا اسم جنس قيل وفيه خلاف محمد لمنعه بيع الفلس بالفلسين إلا أن ظاهر الرواية عنه كقولهما وبيان الفرق فى النهر وغيره (قوله بكسر الباء) أى الموحدة وقد تخفف فيصير كحمل كما فى المصباح وهو الطوب النىء نهر (قوله وآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد أشهر من التخفيف وهو اللبن إذا طبخ مصباح (قوله بملبن) كمنبر قالب الطين قاموس فهو بفتح الباء : وما فى البحر عن الصحاح من أنه بكسر الباء فهو سبق قلم فإنه لم يوجد فى الصحاح بل الذى فيه الملبن قالب اللبن والملبن المحلب (قوله بين صفته ومكان ضربه خلاصة) فيه نظر فإن عبارة الخلاصة ولا بأس فى السلم فى اللبن والآجر إذا بين الملبن والمكان وذكر عددا معلوما والمكان : قال بعضهم : مكان الإيفاء وهذا قول أبى حنيفة ، وقال بعضهم : المكان الذى يضرب فيه اللبن اهـ أى لاختلاف الأرض رخاوة وصلابة وقربا وبعدا ، ولا يخفى أن الملبن إذا كان معينا لا يحتاج إلى بيان صفته ، بخلاف ما إذا كان غير معين فلابد من كونه معلوما ، ويعلم كما فى الجوهرة بذكر طوله وعرضه وسمكه (قوله وذرعى كثوب الخ) وكالبسط والحصر والبوارى كما فى الفتح ، وأراد بالثوب غير المخيط قال فى الفتح : ولا فى الجلود عددا وكذا الأخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس إلا أن يذكر العدد لقصد التعدد فى المسلم فيه ضبطا للكمية ، ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر فى الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم الخ (قوله بين قدره) أى كونه كذا كذا ذراعا فتح . وظاهره أن الضمير للثوب لا للذراع وفى البزازية إن أطلق الذراع فله الوسط وفى الذخيرة اختلفوا فى قول محمد له ذراع وسط فقيل المراد به المصدر أى فعل الذرع فلا يمد كل المد ولا يرخى كل الإرخاء وقيل الآلة والصحيح أنه يحمل عليهما (قوله كقطن) فيه أن هذا جنس والصفة كأصفر ومركب منهما كالملحم ط عن المنح وفسر الصفة فى الدرر بالرقة والغلظ لكنه لا يناسب المتن (قوله فإن الديباج) هو ثوب سداه ولحمته إبريسم بكسر الدال أصوب من فتحها مصباح ، وهو

والحرير كلما خف وزنه زادت قيمته فلابد من بيانه مع الذرع (لا) يصح (في) عددي (متفاوت) هو ماتتفاوت ماليته (كبطيخ وقرع) ودر ورمان فلم يجز عددا بلا مميز وماجاز عدا جاز كيلا ووزنا نهر (ويصح في سمك مليح) ومالح لغة رديئة (و) في طرى (حين يوجد وزنا وضربا) أي نوعا قيد لهما (لاعددا) للتفاوت (ولو صغارا جلز وزنا وكيلا) وفي الكبار روايتان مجتبى (لا في حيوان ما) خلافا للشافعي (وأطرافه) كرؤوس وأكارع خلافا لمالك وجاز وزنا في رواية (و) لا في (حطب)

نوع من الحرير (قوله والحرير الخ) قال في الفتح: هذا عرفهم وعرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالكمخاه كلما ثقلت زادت القيمة:

فالحاصل: أنه لابد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة اه (قوله فلابد من بيانه مع الذرع) هو الصحيح كما في الظهيرية، ولو ذكر الوزن بدون الذرع لايجوز وقيده خواهر زاده بما إذا لم يبين لكل ذراع ثمنا فإن بينه جاز كذا في التتارخانية نهر (قوله ماتتفاوت ماليته) أي مالية أفراده (قوله بلا مميز) أي بلا ضابط غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك فتح (قوله وما جاز عدا جاز كيلا ووزنا) ومايقع من التخلخل في الكيل بين كل نحو بيضتين مغتفر لرضا رب السلم بذلك، حيث أوقع العقد على مقدار مايملأ هذا الكيل مع تخلخله، وإنما يمنع ذلك في أموال الربا إذا قوبلت بجنسها، والمعدود ليس منها وإنما كان باصطلاحهما، فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا وإذا أجزناه كيلا فوزنا أولى فتح: وكذا ماجاز كيلا جاز وزنا وبالعكس على المعتمد لوجود الضبط كما قدمناه عن البحر: أي وإن لم يجر فيه عرف كما قدمناه في الربا قبيل قوله والمعتبر تعيين الربوى (قوله ويصح في سمك مليح) في المغرب سمك مليح ومملوح وهو القديد الذي فيه الملح (قوله ومالح لغة رديئة) كذا في المصباح، وذكر أن قولهم ماء مالح لغة حجازية واستشهد لها وأطال (قوله وفي طرى حين يوجد) فإن كان ينقطع في بعض السنة كما قيل إنه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد: أي لانجماد الماء فلا ينعقد في الشتاء ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون الأجل لايبلغ الشتاء هذا معنى قول محمد لاخير في السمك الطرى إلا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لاينقطع بعد العقد والحلول، وإن كان في بلد لاينقطع جاز مطلقا وزنا لاعددا لما ذكرنا من التفاوت في آحاده فتح أما المليح فإنه يدخر ويباع في الأسواق فلا ينقطع، حتى لو كان ينقطع في بعض الأحيان لايجوز فيه كما أفاده ط ولا يخفى أن هذا في بلاد يوجد فيها، أما في مثل بلادنا فلا يصح لأنه لايباع في الأسواق إلا نادرا (قوله جاز وزنا وكيلا) أي بعد بيان النوع لقطع المنازعة ط (قوله وفي الكبار) أي وزنا ولا يجوز كيلا رواية واحدة أفاده أبو السعود ط (قوله روايتان) والمختار الجواز، وهو قولهما لأن السمن والهزال غير معتبر فيه عادة، وقيل الخلاف في لحم الكبار منه كذا في الاختيار وفي الفتح وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لايجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم اه (قوله لا في حيوان ما) أي دابة كان أو رقيقا ويدخل فيه جميع أجناسه، حتى الحمام والقمرى والعصافير هو المنصوص عن محمد، إلا أنه يخص من عمومه السمك نهر قال في البحر: لكن في الفتح إن شرطت حياته أي السمك قلنا أن نمنع صحته اه وأقره في النهر والمنح (قوله خلافا للشافعي) ومعه مالك وأحمد وأطال في الفتح في ترجيح أدلة المذهب المنقولة والمعقولة ثم ضعف المعقولة وحط كلامه على أن المعتبر النهي الوارد في السنة كما قاله محمد أي فهو تعبدي (قوله وأكارع) جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب فتح (قوله وجاز وزنا في رواية) في السراج لو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه نهر: واختار هذه الرواية في الفتح حيث قال: وعندي لابأس بالسلم في الرءوس والأكارع وزنا بعد ذكر النوع، وباقي

بالحزم ورطبة بالجرز إلا إذا ضبط بما لايؤدى إلى نزاع وجاز وزنا فتح (وجوهر وخرزا لاصغار لؤلؤ تباع وزنا) لأنه إنما يعلم به (ومنقطع) لايوجد فى الأسواق من وقت العقد إلى وقت الاستحقاق ولو انقطع فى إقليم دون آخر لم يجز فى المنقطع ولو انقطع بعد الاستحقاق خير رب السلم بين انتظار وجوده والفسخ وأخذ رأس ماله (ولحم ولو منزوع عظم) وجوزاه إذا بين وصفه وموضعه لأنه موزون معلوم وبه قالت الأئمة الثلاثة وعليه الفتوى بحر وشرح مجمع لكن فى القهستانى أنه يصح فى المنزوع بلا خلاف إنما الخلاف فى غير المنزوع فتنبه لكن صرح غيره بالروايتين فتدبر ولو حكم بجوازه صح اتفاقا بزازية

الشروط فإنها من جنس واحد وحينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا اه وأقره فى النهر (قوله بالحزم) بضم الحاء وفتح الزاى جمع حزمة فى القاموس حزمه يحزمه حزما شده ، والحزمة بالضم ماحزم (قوله ورطبة) هى القصة خاصة قبل أن تجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب والرطب وزان قفل المرعى الأخضر من بقول الربيع ، وبعضهم يقول الرطبة وزان غرفة الخلا وهو الغض من الكلأ مصباح (قوله بالجرز) جمع جرزة مثل غرفة وغرف ، وهى القبضة من القت ونحوه أو الحزمة مصباح وفيه والقت القصة(١) إذا يبست (قوله إلا إذا ضبط الخ) بأن بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لايؤدى إلى النزاع زيلعى (قوله وجاز وزنا) أى فى الكل فتح قال وفى ديارنا تعارفوا فى نوع من الحطب الوزن ، فيجوز الإسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب (قوله وجوهر) كالياقوت والبلخش والفيروزج نهر (قوله وخرز) بالتحريك الذى ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه ، وكان إذا ملك عاما زيدت فى تاجه خرزة ليعلم عدد سنى ملكه قاله الجوهرى وذلك كالعقيق والبلور لتفاوت آحادها تفاوتا فاحشا ، وكذلك لايجوز فى اللآلىء الكبار نهر (قوله من وقت العقد إلى وقت الاستحقاق) دوام الانقطاع ليس شرطا ، حتى لو كان منقطعا موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لايجوز وحد الانقطاع أن لايوجد فى الأسواق وإن كان فى البيوت كذا فى التبيين شرنبلالية ، ومثله فى الفتح والبحر والنهر ، وعبارة الهداية ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد إلى حين المحل وسيذكره الشارح فما أوهمه كلامه هنا كالدرر غير مراد (قوله لم يجز فى المنقطع) أى المنقطع فيه ، لأنه لايمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم بحر (قوله بعد الاستحقاق) أى قبل أن يوفى المسلم فيه بحر (قوله ولحم) فى الهداية ولا خير فى السلم فى اللحم ، قال فى الفتح : وهذه العبارة تأكيد فى نفى الجواز وتمامه فيه (قوله ولو منزوع عظم) هو الأصح هداية وهو رواية ابن شجاع عن الإمام وفى رواية الحسن عنه جواز منزوع العظم كما فى الفتح (قوله وجوزاه إذا بين وصفه وموضعه) فى البحر وقالا يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنه وصفته وموضعه وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل اه ولعل الشارح أراد بالوصف جميع ما ذكر (قوله وعليه الفتوى بحر) نقل ذلك فى البحر والفتح عن الحقائق والعيون (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على المتن فافهم (قوله بالروايتين) أى رواية الحسن ورواية ابن شجاع وهى الأصح ، فما فى القهستانى مبنى على خلاف الأصح :

---

(١) (قوله وفيه والقت القصة الخ) هكذا بخطه . والذى فى المصباح فى باب القاف والفاء مانصه القت الفصفصة إذا يبست إلى آخر ماقال وذكر فى باب الفاء والصاد وما يثلثهما مانصه والفصفصة بكسر الفاءين الرطبة قبل أن تجف فإذا جفت زال عنها اسم الفصفصة وسميت القت والجمع فصافص اه فلعله سقط من قلم المؤلف الفاء والصاد الأخريان وكذا ما فى تفسير الرطبة قبل بقوله هى القصة وليحرر اه مصححه .

وفى العينى أنه قيمى عنده مثلى عندهما (و) لا (بمكيال وذراع مجهول) قيد فيهما وجوزه الثانى فى الماء قربا للتعامل فتح (وبرقرية) بعينها (وثمر نخلة معينة إلا إذا كانت النسبة لثمرة) أو نخلة أو قرية (لبيان الصفة) لالتعيين الخارج كقمح مرجى أو بلدى بديارنا

مطلب هل اللحم قيمى أو مثلى

(قوله وفى العينى الخ) فى البحر عن الظهيرية وإقراض اللحم عندهما يجوز كالسلم ، وعنه روايتان وهو مضمون بالقيمة فى ضمان العد وإن لو مطبوخا إجماعا ولو نيئا فكذلك هو الصحيح اه وذكر فى الفتح عن الجامع الكبير والمنتقى أن اللحم مضمون بالقيمة واختيار لاسبيجابى ضمانه بالمثل وهو الوجه ، لأن جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلى فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة فى الضمان منصوص عليها وتمامها بالمثل، لأنه مثل صورة ومعنى والقيمة مثل معنى فقط وتمام الكلام فيه (قوله ولا بمكيال وذراع مجهول) أى لم يدر قدره كما فى الكنز والواو بمعنى أو أى لايجوز السلم بمكيال معين أو بذراع معين لا يعرف قدره ، لأنه يحتمل أن يضيع فيؤدى إلى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز ، لأن التسليم به يجب فى الحال ، فلا يتوهم فوته وفى السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته زيلعى زاد فى الهداية ، ولا بد أن يكون المكيال مما لاينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لايجوز إلا فى قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبى يوسف اه واعترضه الزيلعى بأن هذا التفصيل إنما يستقيم فى البيع حالا حيث يجوز باناء لايعرف قدره بشرط أن لاينكبس ولا ينبسط ويفيد فيه استثناء قرب الماء ، ولا يستقيم فى السلم ، لأنه إن كان لايعرف قدره لايجوز السلم به مطلقا ، وإن عرف قدره فالسلم به لبيان القدر لا لتعيينه ، فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغيره اه. وأجاب فى النهر : بأنه إذا أسلم بمقدار هذا الوعاء برا وقد عرف أنه ويبة مثلا جاز غير أنه إذا كان ينقبض وينبسط لايجوز لأنه يؤدى إلى النزاع وقت التسليم فى الكبس وعدمه ، لأنه عند بقاء عينه يتعين وقوله للزيلعى : لا لتعيينه ممنوع نعم هلاكه بعد العلم بمقداره لا يفسد العقد اه :

قلت : ولا يخفى ما فيه لأن الوعاء إذا تحقق معرفة قدره لا يتعين قطعا ، وإلا فسد العقد بعد هلاكه ولا نزاع بعد معرفة قدره لإمكان العدول إلى ما عرف من مقداره فيسلمه بلا منازعة ، كما إذا هلك لأن الكلام فيما عرف قدره ويظهر لى الجواب عن الهداية بأن قوله : ولا بد الخ بيان لما يعرف قدره لاشرط زائد عليه ،ويكون المراد أنه إذا كان مما ينقبض وينكبس بالكبس لا يتقدر بمقدار معين، لتفاوت الانقباض والكبس فيؤدى إلى النزاع ، ولذا لم يجز البيع فيه حالا فكلام الزيلعى وارد على ما يتبادر من كلام الهداية من أنه شرط زائد على معرفة القدر وعلى ما قلنا فلا فاغتنم هذا التحرير (قوله إلا إذا كانت النسبة لثمرة الخ) كان الأولى إسقاط قوله لثمرة أو أنه يقول لثمرة أو بر إلى نخلة أو قرية تأمل : قال فى الفتح : فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية معينة لبيان الصفة لالتعيين الخارج من أرضها بعينه كالخشرانى ببخارى والسباخى : وهى قرية حنطتها جيدة بفرغانة لابأس به لأنه لايراد خصوص النابت هناك ، بل الإقليم ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكماله فالسلم فيه وفى طعام العراق والشام سواء ، وكذا فى ديار مصر فى قمح الصعيد . وفى الخلاصة والمجتبى وغيره : لو أسلم فى حنطة بخارى أو سمرقند أو إسبيجاب لايجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم فى حنطة هراة لا يجوز أو فى ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذ الاضافة لتخصيص البقعة ، بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان

فالمانع والمقتضى العرف فتح (و) لا (فى حنطة حديثة قبل حدوثها) لأنها منقطعة فى الحال وكونها موجودة وقت العقد إلى وقت المحل شرط فتح. وفى الجوهرة: أسلم فى حنطة جديدة أو فى ذرة حديثة لم يجز لأنه لايدرى أيكون فى تلك السنة شىء أم لا .

قلت : وعليه فما يكتب فى وثيقة السلم من قوله جديد عامه مفسد له أى قبل وجود الجديد أما بعده فيصح كما لايخفى (وشرطه) أى شروط صحته التى تذكر فى العقد سبعة (بيان جنس) كبرّ أو تمر (و) بيان (نوع) كمسقى أو بعلى (وصفة) كجيد أو ردىء (وقدر) ككذا كيلا لاينقبض ولا ينبسط (وأجل وأقله) فى السلم (شهر) به يفتى وفى الحاوى لابأس بالسلم فى نوع واحد على أن يكون حلول بعضه فى وقت وبعضه فى وقت آخر

المجلس والنوع لا لتخصيص المكان ، فلو أتى المسلم إليه بثوب نسج فى غير ولاية هراة من جنس الهروى يعنى من صفته ومؤنته أجبر رب السلم على قبوله ، فظهر أن المانع والمقتضى العرف ، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا اهـ ملخصا .

قلت : ويظهر من هذا أن النسبة إلى بلدة معينة كبخارى وسمرقند مثل النسبة إلى قرية معينة فلا يصح إلا إذا أريد بها الإقليم كالشام والعراق مثلا ، وعلى هذا فلو قال دمشقية لايصح لأنه لايراد بدمشق الإقليم ، ولكن هل المراد ببخارى وسمرقند ودمشق خصوص البلدة أو هى وما يشمل قراها المنسوبة إليها فإن كان المراد الأول فعدم الجواز ظاهر وإن كان الثانى فله وجه ، لأنها ليست إقليما ولكن لا يصح قول الشارح كقمح مرجى أو بلدى ، فإن القمح المرجى نسبة إلى المرج وهو كورة شرق دمشق تشتمل على قرى عديدة مثل حوران : وهى كورة قبلى دمشق وقراها أكثر وقمحها أجود من باقى كور دمشق والبلدى فى عرفنا غير الحورانى ، ولا شك أن ذلك كله ليس بإقليم فإن الإقليم واحد أقاليم الدنيا السبعة كما فى القاموس . وفى المصباح : يقال الدنيا سبعة أقاليم ، وقد يقال ليس مرادهم خصوص الإقليم المصطلح ، بل ما يشمل القطر والكورة فإنه لا يتوهم انقطاع طعام ذلك بكماله فيصح إذا قال حورانية أو مرجية وبه يصح كلام الشارح تأمل (قوله فالمانع الخ) تقدم آنفا بيانه فيما لو أسلم فى حنطة هراة أو ثوب هراة (قوله إلى وقت المحل) بفتح فكسر مصدر ميمى بمعنى الحلول (قوله لأنه لايدرى الخ) هذا التعليل مخالف للتعليل المار عن الفتح ، وعزاه إلى شرح الطحاوى قال فى النهر : وهو أولى لأن مقتضى هذا أنه لو عين جديد إقليم كجديدة من الصعيد مثلا أن يصح إذ لا يتوهم عدم طلوع شىء فيه أصلا اهـ يعنى وهذا المقتضى غير مراد لمنافاته للشرط المار (قوله وقلت الخ) القول والتقييد الذى بعده لصاحب البحر (قوله أى شروط صحته) أشار إلى أن الإضافة فى شرطه للجنس فيصدق على الواحد والأكثر (قوله التى تذكر فى العد) أفاد أن له شروطا أخر سكت عنها المصنف ، لأنها لا يشترط ذكرها فيه بل وجودها نهر . وذلك كقبض رأس المال ونقده وعدم الخيار علة الربا لكن ذكر المصنف من الشروط قبض رأس المال قبل الافتراق مع أنه ليس مما يشترط ذكره فى العقد (قوله سبعة) أى إجمالا وإلا فالأربعة الأول منها تشترط فى كل من رأس المال والمسلم فيه فهى ثمانية بالتفصيل بحر . وسيأتى وفيه عن المعراج إنما يشترط بيان النوع فى رأس المال إذا كان فى البلد نقود مختلفة وإلا فلا ، وفيه عن الخلاصة لا يشترط بيان النوع فيما لا نوع له (قوله كبر أو تمر) ومن قال كصعيدية أو بحرية فقدوهم وإنما هو من بيان النوع كما فى البحر (قوله كمسقى) هو مايسقى سيحا أى بالماء الجارى (قوله وبعلى) هو ما سقته السماء قاموس (قوله لا ينقبض ولا ينبسط) كالصاع مثلا بخلاف الجراب والزنبيل (قوله وأجل) فإن أسلما حالا ، ثم أدخل الأجل قبل الافتراق وقبل استهلاك رأس المال جاز اهـ ط عن الجوهرة (قوله فى السلم) احتراز عن خيار الشرط ولاحاجة إليه (قوله به يفتى) وقيل ثلاثة أيام

(ويبطل) الأجل (بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم فيؤخذ) المسلم فيه (من تركته حالا) لبطلان الأجل بموت المديون لا الدائن ولذا شرط دوام وجوده لتدوم القدرة على تسليمه بموته (و) بيان (قدر رأس المال) إن تعلق العقد بمقداره كما (فى مكيل وموزون وعددى غير متفاوت) واكتفيا بالإشارة كما فى مذروع وحيوان قلنا ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال ابن كمال : وقد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيبا فيرده ولا يستبدله رب السلم فى مجلس الرد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقى ابن ملك فوجب بيانه (و) السابع بيان (مكان الإيفاء) للمسلم فيه (فيما له حمل) أو مؤنة ومثله الثمن والأجرة والقسمة وعينا مكان العقد

وقيل أكثر من نصف يوم ، وقيل ينظر إلى العرف فى تأجيل مثله والأول أى ما فى المتن أصح وبه يفتى زيلعى وهو المعتمد بحر وهو المذهب نهر (قوله ولذا شرط الخ) أى لكونه يؤخذ من تركته حالا اشترط الخ .

وحاصله بيان فائدة اشتراطهم عدم انقطاعه فيما بين العقد والمحل وذلك فيما لو مات المسلم إليه وقوله لتدوم الخ علة لقوله اشترط وقوله بموته الباء للسببية متعلقة بتسليمه والموت فى الحقيقة ليس سببا للتسليم بل للحلول الذى هو سبب التسليم فهو سبب السبب (قوله إن تعلق العقد بمقداره) بأن تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه فتح أى بأن يقابل النصف بالنصف والربع بالربع ، وهكذا وذلك إنما يكون فى الثمن المثلى (قوله واكتفيا بالإشارة الخ) فلو قال أسلمت إليك هذه الدراهم فى كر بر ولم يدر وزن الدراهم أو قال أسلمت إليك هذا البر فى كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لا يصح عنده وعندهما يصح وأجمعوا على أن رأس المال إذا كان ثوبا أو حيوانا يصير معلوما بالإشارة درر (قوله كما فى مذروع وحيوان) لأن الذرع وصف فى المذروع والمبيع لا يقابل الأوصاف ، فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو نقص ذراعا أو تلف بعض أعضاء الحيوان لا ينقص من المسلم فيه شىء ، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضى به بكل المسلم فيه ، وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب وتمامه فى الفتح (قوله قلنا الخ) هو جواب عن قولهما بأنه لا يلزم بيان قدر رأس المال ، ولو فى مكيل ونحوه بل تكفى الإشارة إليه لأن المقصود حصول التسليم بلا منازعة (قوله فيحتاج إلى رد رأس المال) أى فإذا كان غير معلوم القدر أدى إلى المنازعة (قوله ولا يستبدله الخ) أى لا يتيسر له ذلك فى المجلس وربما يكون الزيوف أكثر من النصف فإذا رده واستبدل بها فى المجلس يفسد السلم لأنه لا يجوز الاستبدال فى أكثر من النصف عنده خلافا لهما كما فى الفتح (قوله فى مجلس الرد) كذا فى الفتح وفى بعض النسخ فى مجلس العقد والصواب الأول :

[تنبيه] من فروع المسألة ما لو أسلم في جنسين كمائة درهم فى كر حنطة وكر شعير بلا بيان حصة واحد منهما من رأس المال لم يصح فيهما لانقسامه عليهما بالقيمة وهى تعرف بالحزر ، وكذا لو أسلم جنسين كدراهم ودنانير فى كر حنطة وبين قدر أحدهما فقط ، لبطلان العقد فى حصة ما لم يعلم قدره فيبطل فى الآخر أيضا لاتحاد الصفقة بحر وغيره (قوله للمسلم فيه) احترز عن رأس المال فإنه يتعين مكان العقد لإيفائه اتفاقا بحر (قوله فيما له حمل) بفتح الحاء أى ثقل يحتاج فى حمله إلى ظهر وأجرة جمال نهر (قوله ومثله فى الثمن والأجرة والقسمة) بأن اشترى أو استأجر دارا بمكيل أو موزون موصوف فى الذمة أو اقتسماها وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزما بمقابلة الزائد بمكيل أو موزون كذلك إلى أجل ، فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء وهو الصحيح وعندهما لا يشترط نهر (قوله وعينا مكان العقد) أى إن أمكن التسليم فيه بخلاف ما إذا كان فى مركب أو جبل فيجب فى أقرب الأماكن

وبه قالت الثلاثة كبيع وقرض وإتلاف وغصب قلنا هذه واجبة التسليم فى الحال بخلاف الأول (شرط الإيفاء فى مدينة فكل محلاتها سواء فيه) أى فى الإيفاء (حتى لو أوفاه فى محلة منها برىء) وليس له أن يطالبه فى محلة أخرى بزازية وفيها قبله شرط حمله إلى منزله بعد الإيفاء فى المكان المشروط لم يصح لاجتماع الصفقتين الإجارة والتجارة (وما لاحمل له كمسك وكافور وصغار لؤلؤ لايشترط فيه بيان مكان الإيفاء) اتفاقا (ويوفيه حيث شاء) في الأصح وصحح ابن كمال مكان العقد (ولو عين فيما ذكر) مكانا (تعين فى الأصح) فتح لأنه يفيد سقوط خطر الطريق (و) بقى من الشروط (قبض رأس المال) ولو عينا (قبل الافتراق) بأبدانهما وإن ناما أو سارا فرسخا أو أكثر ولو دخل ليخرج الدراهم إن توارى عن المسلم إليه بطل وإن بحيث يراه لا

التى يمكن فيها بحر وفتح ، والمختار قول الإمام كما فى الدر المنتقى عن القهستانى (قوله كبيع الخ) أى لو باع حنطة أو استقرضها أو أتلفها أو غصبها فإنه يتعين مكانها لتسليم المبيع والقرض ، وبدل المتلف وعين المغصوب (قوله واجبة التسليم فى الحال) فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه بحر بخلاف الأول أى السلم فإنه غير واجب فى الحال فلا يتعين مكانه فيفضى إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن فلا بد من البيان وتمامه فى الفتح (قوله فكل محلاتها سواء فيه) قيل هذا إذا لم تبلغ نواحيه فرسخا فإن بلغته فلابد من بيان ناحية منه فتح وبحر وجزم به فى النهر (قوله وفيها قبله) أى فى البزازية قبل ما ذكر (قوله بعد الإيفاء) قيد به لأنه لوشرط الايفاء فقط أو الحمل فقط أو الايفاء بعد الحمل جاز ولو شرط الايفاء بعد الإيفاء كشرط أن يوفيه فى محلة كذا ثم يوفيه فى منزله لم يجز على قول العامة كما فى البحر (قوله الإجارة) أى التى تضمنها شرط الحمل بعد الإيفاء والتجارة أى الشراء المقصود بالعقد وهذا بدل من الصفقتين بدل مفصل من مجمل (قوله وما لاحمل له الخ) هو الذى لايحتاج فى حمله إلى ظهر وأجرة حمال ، وقيل هوالذى لو أمر إنسانا بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجانا ، وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة اهـ خ عن النهر (قوله كمسك وكافور) يعنى القليل منه وإلا فقد يسلم فى أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا فتح ، وأراد بالقليل ما لا يحتاج إلى ظهر وأجرة حمال فافهم (قوله وصحح ابن كمال مكان العقد) نقل تصحيحه عن المحيط السرخسى ، وكذا نقله عنه فى البحر وجزم به فى الفتح ، لكن المتون على الأول وصححه فى الهداية والملتقى (قوله فيما ذكر) أى فيما لا حمل له ولا مؤنة (قوله لأنه يفيد سقوط خطر الطريق) هذا التعليل مذكور فى الفتح أيضا تبعا للهداية ومعناه : أنه إذا تعين المكان وأوفاه فى مكان آخر يلزم المسلم إليه نقله إلى المكان المعين ، فإذا هلك فى الطريق يهلك عليه ، فيكون رب السلم قد سقط عنه خطر الطريق بذلك بخلاف ما إذا لم يتعين فإنه إذا نقل بعد الإيفاء إلى المكان المعين يكون هلاكه على رب السلم (قوله وبقى من الشروط) إنما غاير التعبير ، لأن هذه الشروط الآتية ليست مما يشترط ذكرها فى العقد بل وجودها ط (قوله قبض رأس المال) فلو انتقض القبض بطل السلم كما لو كان عينا فوجده معيبا أو مستحقا ولم يرض بالعيب أو لم يجز المستحق أو دينا فاستحق ولم يجزه واستبدل بعد المجلس ، فلو قبله صح أو وجده زيوفا أو نبهرجة وردها بعد الافتراق سواء استبدلها فى مجلس الرد أولا ، فلو قبله واستبدلها فى المجلس أو رضى بها ولو بعد الافتراق صح والكثير كالكل وفى تحديده روايتان ما زاد على الثلث أو مازاد على النصف ، وإن وجده ستوقة أو رصاصا فإن استبدلها فى المجلس صح وإن بعد الافتراق بطل وإن رضى بها لأنها غير جنس حقه بحر ملخصا (قوله ولو عينا) هو جواب الاستحسان وفى الواقعات باع عبدا بثوب موصوف إلى أجل جاز لو جود شرط السلم فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل ، لأنه صير سلما فى حق الثوب بيعا فى حق العبد ، ويجوز أن يعتبر فى عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض وكما فى قول المولى إن أديت إلىّ ألفا فأنت حر اهـ نهر .

وصحت الكفالة والحوالة والإرتهان برأس مال السلم بزازية (وهو شرط بقائه على الصحة لاشرط انعقاده بوصفها) فينعقد صحيحا ثم يبطل بالإفتراق بلا قبض (ولو أبى المسلم إليه قبض رأس المال أجبر عليه) خلاصة.

وبقى من الشروط كون رأس المال منقودا وعدم الخيار وأن لايشمل البدلين إحدى علتى الربا وهو القدر المتفق أو الجنس لأن حرمة النساء تتحقق به وعدها العينى تبعا للغاية

قلت: والظاهر أن هذا مفرع على جواب القياس تأمل (قوله وصحت الكفالة والحوالة الخ) أى فله مطالبة الكفيل والمحتال عليه فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو رب السلم فى مجلس العاقدين صح وبعده بطل السلم والحوالة والكفالة، وفى الرهن إن هلك الرهن فى المجلس فلو قيمته مثل رأس المال أو أكثر صح ولو أقل صح العقد بقدره، وبطل فى الباقى وإن لم يهلك حتى افترقا بطل السلم وعليه رد الرهن لصاحبه بحر عن البدائع ملخصا (قوله برس مال السلم) وكذا الكفالة بالمسلم فيه صرح به فى منية المفتى وما سيأتى فى الكفالة من أنها لا تصح فى المبيع، لأنه مضمون بغيره وهو الثمن فذاك فى بيع العين، وهذا بيع الدين أفاده فى حواشى مسكين: أى فإن عقد السلم لا ينفسخ بهلاك قدر المسلم فيه قبل قبضه، لأن له أن يقيم غيره مقامه لعدم تعينه، بخلاف هلاك المبيع المعين قبل قبضه فإنه مضمون بغيره وهو الثمن فيسقط عن المشترى وسمى الثمن غيرا لأن المضمون بالقيمة مضمون بعينه حكما وفى البحر عن إيضاح الكرمانى لو أخذ بالمسلم فيه رهنا سلطه على بيعه فباعه ولو بغير جنس المسلم فيه جاز (قوله وهو شرط بقائه على الصحة) هو الصحيح وستأتى فائدة الاختلاف فى الصرف بحر وعبارته فى الصرف وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف فهل يفسد فيما ليس بصرف عند أبى حنيفة، فعلى القول الضعيف يتعدى الفساد وعلى الأصح لا كذا فى الفتح اهـ (قوله بوصفها) أى وصف الصحة والإضافة بيانية (قوله كون رأس المال منقودا) أى نقده الصيرفى ليعرف جيده من الردئ، وليس المراد بالنقد القبض فإنه شرط آخر قد مر أفاده فى البحر وفائدة اشتراطه كما فى الغاية الاحتراز عن الفساد، لأنه إذا رد بعضه بعيب الزيافة، ولم يتفق الاستبدال فى مجلس الرد انفسخ العقد بقدر المردود: واستشكله فى البحر: بأن هذه الفائدة ذكرت فى تعليل قول الإمام إن بيان قدر رأس المال شرط، ولا تكفى الإشارة إليه كما مر ومفادة عدم اشتراط الانتقاد أولا وذكر قبله أن اشتراط الانتقاد يغنى عن اشتراط بيان القدر:

وحاصله: أن أحدهما يكفى عن الآخر وأجاب فى النهر بأن بيان القدر لايدفع توهم الفساد المذكور: أى فلا بد من اشتراط الانتقاد:

قلت: ويرد على هذا الشرط أيضا أنه تقدم أنه لو وجدها زيوفا فرضى بها صح مطلقا، ولو ستوقة لا إلى آخر ما مر ومفاده أن الضرر جاء من عدم التبديل فى المجلس لا من عدم الانتقاد على أن النقاد قد يخطىء وأيضا فإن رأس المال قد يكون مكيلا أو موزونا، ويظهر بعضه معيبا فيرده بعد هلاك البعض ويلزم الجهالة كما مر فلابد حينئذ من ذكر الشرطين تأمل (قوله وعدم الخيار) أى خيار الشرط، فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم فى يد المسلم إليه صح، وإن هالكا لا ينقلب صحيحا بحر عن البزازية:

[تنبيه] لا يثبت فى السلم خيار الرؤية لأنه لا يثبت فيما ملكه دينا فى الذمة كما فى جامع الفصولين ومر أول خيار الرؤية (قوله وهو القدر المتفق) ذكر الضمير باعتبار الخبر، واحترز بالمتفق عن القدر المختلف كإسلام لقود فى حنطة وكذا فى زعفران ونحوه، فإن الوزن وإن تحقق فيه إلا أن الكيفية مختلفة كما تقدم فى الربا

سبعة عشر وزاد المصنف وغيره القدرة على تحصيل المسلم فيه .

ثم فرع على الشرط الثامن بقوله (فإن أسلم مائتى درهم فى كرّ) بضم فتشديد ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف عينى (بر) حال كون المائتين مقسومة (مائة دينا عليه) أى على المسلم إليه (ومائة نقدا) نقدها رب السلم (وافترقا) على ذلك (فالسلم ف) حصة (الدين باطل) لأنه دين بدين وصح فى حصة النقد ولم يشع الفساد لأنه طار حتى لو نقد الدين فى مجلسه صح فى الكل ولو إحداهما دنانير أو على غير العاقدين فسد فى الكل (ولا يجوز التصرف) للمسلم إليه (فى رأس المال و) لا لرب السلم فى (المسلم فيه قبل قبضه بنحو بيع وشركة) ومرابحة (وتولية)

أفاده ط وكذا إسلام الحنطة فى الزيت فإنه جائز كما مر هناك عن ابن كمال (قوله سبعة عشر) ستة فى رأس المال وهى بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره ونقده وقبضه قبل الافتراق وأحد عشر فى المسلم فيه : وهى الأربعة الأول ، وبيان مكان إيفائه وأجله وعدم انقطاعه ، وكونه مما يتعين بالتعيين وكونه مضبوطا بالوصف كالأجناس الأربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب ، وواحد يرجع إلى العقد وهو كونه باتا ليس فيه خيار شرط ، وواحد بالنظر للبدلين وهو عدم شمول إحدى علتى الربا البدلين منح بتصرف ط (قوله القدرة على تحصيل المسلم فيه) لا حاجة إليه مع اشتراط عدم الانقطاع قال فى النهر : والقدرة على تحصيله بأن لا يكون منقطعا اه ح .وأما القدرة بالفعل فى الحال فليست شرطا عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وإفلاسه لا يبطل السلم قاله الكمال ط (قوله والمكوك صاع ونصف) والصاع ثمانية أرطال بالبغدادى كل رطل مائة وثلاثون درهما ط .

قلت : فيكون القفيز اثنى عشر صاعا والكر سبعمائة وعشرين صاعا والصاع نصف مد شامى تقريبا فالكر أربع غرائر ونصف غرارة كل غرارة ثمانون مداشاميا (قوله حال كون المائتين) أشار به إلى أن مائة فى الموضعين نصب على الحال بتأويل مقسومة هذه القسمة وتجوز البدلية اه ح (قوله دينا عليه) صفة المائة نهر أو بدل عينى ، وهو احتراز عما إذا كانت دينا على أجنبى كما يأتى قال فى النهر والتقييد بإضافة العقد إليهما أى إلى المائتين المذكورتين ليس احترازيا لأنه لو أضافه إلى مائتين مطلقا ثم جعل المائة قصاصا بما فى ذمته من الدين فالحكم كذلك فى الأصح اه (قوله لأنه طار) أى عرض بالافتراق قبل القبض لما مر أن القبض شرط لبقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاد (قوله ولو إحداهما دنانير) محترز قول المصنف مائتى درهم الخ ، حيث فرض المسألة بكون مائتى الدين والنقد متحدى الجنس ، لأنه لو اختلفا بأن أسلم مائة درهم نقدا وعشرة دنانير دينا أو بالعكس لا يجوز فى الكل ؛ أما حصة الدين فلما مر ، وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه وهذا عنده وعندهما يجوز فى حصة النقد كما فى الزيلعى والخلاف مبنى على إعلام قدر رأس المال بحر (قوله أو على غير العاقدين) محترز قوله مائة دينا عليه ، فلو قال : أسلمت إليك هذه المائة ، والمائة التى لى على فلان بطل فى الكل وإن نقد الكل لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد ، وهو مفسد مقارن فتعدى بحر (قوله قبل قبضه) أى قبض ما ذكر من رأس المال والمسلم فيه ، أما الأول فلما فيه من تفويت حق الشرع ، وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق ، وأما الثانى فلأنه بيع منقول ، وقد مر أن التصرف فيه قبل القبض لا يجوز نهر (قوله بنحو بيع الخ) متعلق بالتصرف وذكره البيع مستدرك بقوله بعده ومرابحة وتولية تأمل (قوله وشركة) صورته أن يقول رب السلم لآخر : أعطنى نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك بحر (قوله ومرابحة وتولية) صورة التولية أن يقول لآخر أعطنى مثل ما أعطيت المسلم إليه ،

ولو ممن عليه حتى لو وهبه منه كان إقالة إذا قبل وفى الصغرى إقالة بعض السلم جائزة (ولا) يجوز لرب السلم (شراء شيء من المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة) فى عقد السلم الصحيح فلو كان فاسدا جاز الاستبدال كسائر الديون (قبل قبضه) بحكم الإقالة لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » أى إلا سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال

حتى يكون المسلم فيه لك بحر عن الإيضاح ، والمرابحة أن يأخذ زيادة على ما أعطى ، وقيل يجوز كل من المرابحة والتولية قبل القبض وبه جزم فى الحاوى .

قال فى البحر : وهو قول ضعيف والمذهب منعهما (قوله ولو ممن عليه) فلو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم إليه بأكثر من رأس المال لا يصح، ولايكون إقالة بحر عن القنية ،وانظر مافائدة التقييد بالأكثر وتقدم أول فصل التصرف فى المبيع أن بيع المنقول من بائعه قبل قبضه لا يصح ، ولا ينتقض به البيع الأول بخلاف هبته منه لأنها مجاز عن إقالة (قوله حتى لو وهبه منه الخ) فى المبسوط لو أبرأ رب السلم المسلم إليه عن طعام السلم صح إبراءه فى ظاهر الرواية ، وروى الحسن أنه لا يصح ، ما لم يقبل المسلم إليه ، فإن قبله كان فسخا لعقد السلم ، ولو أبرأ المسلم إليه رب السلم من رأس المال وقبل الإبراء يبطل السلم ، فإن رده لاوالفرق أن المسلم فيه لايستحق قبضه فى المجلس بخلاف رأس المال نهر .

قال فى البحر والحاصل أن التصرف المنفى فى المتن شامل للبيع والاستبدال ، والهبة والإبراء إلا أن فى الهبة والإبراء يكون مجازا عن الإقالة فيرد رأس المال كلا أو بعضا ولايشمل الإقالة لأنها جائزة ، ولاالتصرف فى الوصف من دفع الجيد مكان الردىء والعكس اه (قوله إقالة بعض السلم جائزة) أى لو أقاله عن نصف المسلم فيه أو ربعه مثلا جاز ، ويبقى العقد فى الباقى :

قال فى البحر ، واحترز به على الإقالة على مجرد الوصف بأن كان المسلم فيه جيدا فتقايلا على الردىء على أن يرد المسلم إليه درهما لا يجوز عندهما ، خلافا لأبى يوسف فى رواية ، فيجوز عنده لا بطريق الإقالة بل بطريق الحط عن رأس المال اه قال الرملى : وفيه صراحة بجواز الحط عن رأس المال وتجوز الزيادة فيه والظاهر فيهما اشتراط قبضها قبل التفرق ، بخلاف الحط وقدمنا أنه لا تجوز الزيادة فى المسلم فيه ويجوز الحط اه (قوله بعد الإقالة) أفاد أن الإقالة جائزة فى السلم ، مع أن شرط الإقالة قيام المبيع ، لأن المسلم فيه ، وإن كان دينار حقيقة فله حكم العين ، ولذا لم يجز الاستبدال به قبل قبضه ، وإذا صحت فإن كان رأس المال عينا ردت وإن كانت هالكة رد المثل أو القيمة لو قيمية وتقدم تمامه فى بابها (قوله فلو كان فاسدا جاز الاستبدال) لأن رأس ماله فى يد البائع كمغصوب منح عن جامع الفصولين ،لكن لايخفى أن جواز الاستبدال لا يدل على جواز التصرف بالشراء كما هو موضوع المسئلة كما يظهر لك قريبا (قوله كسائر الديون) أى كدين مهر وأجرة وضمان متلف ونحو ذلك سوى صرف وسلم ، لكن التصرف فى الدين لايجوز إلا تمليكه ممن هو عليه بهبة ، أو وصية أو بيع أو إجارة لا من غيره إلا إذا سلطه على قبضه ، وقدمنا تمام الكلام عليه فى فصل التصرف فى المبيع والثمن (قوله قبل قبضه) أى قبض رب السلم رأس المال من المسلم إليه (قوله بحكم الإقالة) أى قبضا كائنا بحكم الإقالة لا بحكم عقد السلم ، لأن رأس المال مقبوض فى يد المسلم إليه وإلا لم تصح الإقالة لعدم صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الخ) رواه بمعناه أبو داود وابن ماجه وحسنه الترمذى وتمامه فى الفتح (قوله فامتنع الاستبدال) فصار رأس المال بعد الإقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره فحكم رأس المال بعدها كحكمه قبلها ، إلا أنه لايجب

(بخلاف) بدل (الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه) لكن (بشرط قبضه فى مجلس الإقالة) لجواز تصرفه فيه بخلاف السلم (ولو شرى) المسلم إليه فى كر (كرا وأمر) المشترى (رب السلم بقبضه قضاء) عما عليه (لم يصح) للزوم الكيل مرتين ولم يوجد (وصح لو) كان الكر قرضا و (أمر مقرضه به) لأنه إعارة لا استبدال (كما) صح (لو أمر) المسلم إليه (رب السلم بقبضه منه له ثم لنفسه ففعل) كاكتاله مرتين لزوال المانع (أمره)

قبضه فى مجلسها، كما كان يجب قبلها لكونها ليست بيعا من كل وجه، ولهذا جاز إبراؤه عنه وإن كان لا يجوز قبلها بحر. وقدم الشارح فى باب الإقالة عن الأشباه أن رأس المال بعدها كهو قبلها إلا فى مسئلتين الخ (قوله حيث يجوز الاستبدال عنه) لأنه لا يتعين بالتعيين فلو تبايعا دراهم بدنانير جاز استبدالها قبل القبض بأن يمسكا ما أشار إليه فى العقد، ويؤديا بدله قبل الافتراق كما سيأتى فى باب الصرف، واحترز بالاستبدال عن التصرف فيه لما سيأتى هناك أنه لا يتصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه، فلو باع دينارا بدراهم، واشترى بها قبل قبضها ثوبا فسد بيع الثوب، وبهذا ظهر أن قول المصنف بخلاف الصرف غير منتظم، لأن الكلام قبله فى الشراء برأس المال قبل قبضه والصرف مثله فى ذلك كما علمت. وظهر أيضا أن قول الشارح لجواز تصرفه فيه غير صحيح، لأن الجائز هو الاستبدال ببدل الصرف دون التصرف فيه كما هو مصرح به فى المتون، فكان على المصنف أن يقول ولا يشترط قبض رأس المال فى مجلس الإقالة، ولا يجوز الاستبدال عنه بخلاف الصرف. وأصل المسألة فى البحر حيث قال قيد بالسلم، لأن الصرف إذا تقايلاه جاز الاستبدال عنه ويجب قبضه فى مجلس الإقالة، بخلاف السلم وقال قبله وفى البدائع قبض رأس المال شرط حال بقاء العقد لا بعد ارتفاعه بإقالة أو غيرها وقبض بدل الصرف فى مجلس الإقالة شرط لصحتها كقبضه فى مجلس العقد، ووجه الفرق أن القبض فى مجلس العقد فى البدلين ما شرط لعينه، بل للتعيين وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين، ولا حاجة إلى التعيين فى مجلس الإقالة فى السلم، لأنه لا يجوز استبداله فتعود إليه عينه فلا تقع الحاجة إلى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف، لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض لأن استبداله جائز فلابد من شرط القبض فى المجلس للتعيين اه (قوله ولو شرى المسلم إليه فى كر الخ) صورته أسلم رجلا مائة درهم فى كر حنطة فاشترى المسلم إليه كرا وأمر رب السلم بقبضه لم يصح، حتى يكتاله رب السلم مرتين مرة عن المسلم إليه، ومرة عن نفسه.

قال فى البحر: قيد بالشراء لأن المسلم إليه لو ملك كرا بإرث أو هبة أو وصية فأوفاه رب السلم واكتاله مرة جاز لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وقيد بالكر، لأنه لو اشترى حنطة مجازفة، فاكتالها مرة جاز لما قلنا وأشار بالكر المكيل إلى أن الموزون كذلك، وكذا المعدود إذا اشتراه بشرط العد وفى البناية إن فيه روايتين (قوله قضاء) مفعول لأجله (قوله للزوم الكيل مرتين) لأنه اجتمع صفقتان صفقة بين المسلم إليه وبين المشترى منه وصفقة بين المسلم إليه وبين رب السلم بشرط الكيل فلا بد منه مرتين بحر حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه وللمسلم أن يطالبه بحقه نهر (قوله وصح لو كان الكر قرضا) صورته استقرض المسلم إليه كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض، وكذا لو استقرض رجل كرا ثم اشترى كرا وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه كما فى البحر (قوله لأنه) أى القرض إعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرا بحر (قوله ثم لنفسه) الشرط أن يكيله مرتين وإن لم يتعدد الأمر، حتى لو قال: اقبض الكر الذى اشتريته من فلان عن حقك، فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا ولفظ الجامع يفيده بحر عن الفتح (قوله لزوال المانع) علة

أى المسلم إليه (رب السلم أن يكيل المسلم فيه) فى ظرفه (فكاله فى ظرفه) أى وعاء رب السلم (بغيبته لم يكن قبضا) أما بحضرته فيصير قابضا بالتخلية (أو أمر) المشترى (البائع بذلك فكاله فى ظرفه) ظرف البائع (لم يكن قبضا) (بخلاف كيله فى ظرف المشترى بأمره) فإنه قبض لأن حقه فى العين والأول فى الذمة (كيل العين) المشتراة (ثم) كيل (الدين) المسلم فيه وجعلهما (فى ظرف المشترى قبض بأمره) لتبعية الدين للعين (وعكسه) وهو كيل الدين أولا (لا) يكون قبضا وخيراه بين نقض البيع والشركة :

(أسلم أمة فى كر) بر (وقبضت فتقايلا) السلم (فماتت) قبل قبضها بحكم الإقالة (بقى) عقد الإقالة (أو ماتت فتقايلا صح) لبقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه

لصح (قوله أى المسلم إليه) تفسير للضمير المتصل المنصوب (قوله فى ظرفه) أى ظرف رب السلم ويفهم منه حكم ما إذا أمره بكيله فى ظرف المسلم إليه بالأولى بحر وهذا إذا لم يكن فى الظرف طعام لرب السلم فلو فيه طعامه ، ففى المبسوط : الأصح عندى أنه يصير قابضا لأن أمره بخلطه على وجه لا يتميز معتبر ، فيصير به قابضا فتح (قوله فيصير قابضا بالتخلية) أى سواء كان الظرف له أو للبائع أو مستأجرا وبه صرح الفقيه أبو الليث بحر عن البناية (قوله بذلك) أى بكيله فى ظرفه (قوله ظرف البائع) بدل من قوله ظرفه (قوله لم يكن قبضا لحقه) لأن رب السلم حقه فى الذمة ولا يملكه إلا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه ، فلا يصح فيكون المسلم إليه مستعيرا للظرف جاعلا فيه ملك نفسه كالدائن إذا دفع كيسا إلى المدين ، وأمره أن يزن دينه ، ويجعله فيه لم يصر قابضا وفى مسئلة البيع يكون المشترى استعار ظرف البائع ، ولم يقبضه فلا يصير بيده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيله فى ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه فى يد البائع بحر (قوله لأن حقه فى العين) لأنه ملكه بنفس الشراء ، فيصح أمره لمصادفته ملكه ، فيكون قابضا بجعله فى الظرف ويكون البائع وكيلا فى إمساك الظرف فيكون الظرف والواقع فيه فى يد المشترى حكما قال فى الهداية : ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم إليه وفى الشراء للمشترى لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم إليه وفى الشراء من مال المشترى اهـ قال فى النهر : وأورد أنه لو وكل البائع بالقبض صريحا لم يصح فعدم الصحة هنا أولى ، وأجيب بأنه لما صح أمره لكونه مالكا صار وكيلا له ضرورة وكم من شىء يثبت ضمنا لا قصدا (قوله كيل العين) مبتدأ وجعلهما معطوف عليه وقوله قبض خبره وصورة المسألة رجل أسلم فى كر حنطة فلما حل الأجل اشترى رب السلم من المسلم إليه كر حنطة بعينها ودفع رب السلم ظرفا إلى المسلم إليه ليجعل الكر المسلم فيه والكر المشترى فى ذلك الظرف ، فإن بدأ بكيل العين المشترى فى الظرف صار قابضا للعين ؛ لصحة الأمر فيه والدين المسلم فيه لمصادفته ملكه كمن استقرض حنطة ، وأمر المقرض أن يزرعها فى أرضه وإن بدأ بالدين لم يصر قابضا لشىء منهما ، أما الدين فلعدم صحة الأمر فيه ، وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبى حنيفة فينتقض البيع ، وهذا الخلط غير مرضى به لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه فى المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما درر (قوله وقبضت) أى قبضها المسلم إليه قال فى النهر : قيد بذلك لأنهما لو تفرقا لا عن قبضها لم تصح الإقالة لعدم صحة السلم (قوله قبل قبضها) أى قبل أن يقبضها رب السلم بسبب الإقالة (قوله أو ماتت) عطف على قوله السابق فتقايلا فيكون الموت بعد القبض (قوله صح) أى عقد الإقالة (قوله لبقاء المعقود عليه) لأن الجارية رأس المال ، وهو فى حكم الثمن فى العقد والمبيع هو المسلم فيه وصحة الإقالة تعتمد قيام المبيع لا الثمن كما مر فهلاك الأمة لا يغير حال الإقالة من البقاء فى الأولى والصحة فى الثانية

(وعليه قيمتها يوم القبض فيهما) فى المسألتين لأنه سبب الضمان (كذا) الحكم فى (المقايضة بخلاف الشراء بالثمن فيهما) لأن الأمة أصل فى البيع :

والحاصل جواز الإقالة فى السلم قبل هلاك الجارية وبعده بخلاف البيع .

(تقايلا البيع فى عبد فأبق) بعد الإقالة (من يد المشترى فإن لم يقدر على تسليمه) للبائع (بطلت الإقالة والبيع بحاله) قنية (والقول لمدعى الرداءة والتأجيل لا لنا فى الوصف) وهو الرداءة (والأجل) والأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عندهما وعنده للمنكر

درر (قوله وعليه قيمتها) لأنه إذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فوجب عليه ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها درر (قوله كذا الحكم فى المقايضة) هى بيع العين بالعين فتبقى الإقالة وتصح بعد هلاك أحد العوضين ، لأن كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففي الباقى يعتبر المبيعة وفى الهالك الثمنية درر (قوله بخلاف الشراء بالثمن فيهما) أى فى المسألتين فإذا اشترى أمة بألف فتقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن الأمة هى الأصل فى البيع ، فلا تبقى بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم محلها درر (قوله فى السلم) أى وفى المقايضة (قوله بخلاف البيع) أى بالثمن (قوله تقايلا البيع الخ) تقدمت هذه المسألة فى باب الإقالة متنا (قوله والقول لمدعى الرداءة) هذا صادق بما إذا قال أحدهما شرطنا رديئا فقال الآخر لم نشترط لم شيئا وبما إذا ادعى الآخر اشتراط الجودة ، وقال الآخر : إنا شرطنا رديئا والمراد الأول ولذا أردفه بقوله لا لنا فى الوصف والأجل ، ولإفادة أن الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما شرطنا جيدا وقال الآخر لم نشترط شيئا فالحكم كذلك نهر والظاهر أن القول إنما يقبل مع اليمين وقد صرح به فى مسألة الأجل الآتية ولا فرق يظهر (قوله وهو الرداءة) أى مثلا (قوله والأجل) بالجر عطفا على الوصف والأجل مدة الشىء والمراد به هنا التأجيل ، وهو تحديد الأجل بقرينة التعبير به قبله وادعى فى البحر أنه يتعين كون التأجيل بمعنى الأجل مجازا بدليل ما بعده ، ويظهر أن المتعين العكس كما قلنا ، لأن المراد الاختلاف فى أصل التأجيل لا فى مقدار الأجل ويؤيده قول المصنف بعده ولو اختلفا فى مقداره (قوله والأصل أن من خرج كلامه تعنتا) بأن ينكر ما ينفعه كأن قال المسلم إليه : شرطت لك ردية وقال رب السلم : لم نشترط شيئا فالقول للمسلم إليه لأن رب السلم متعنت فى إنكار الصحة ، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال فى العادة وكذا لو قال رب السلم كان له أجل وأنكر المسلم إليه فهو متعنت فى إنكاره حقا له وهو الأجل كما فى الهداية (قوله وإن خرج خصومة) بأن أنكرا ما يضره كعكس التصوير فى المسئلتين ، فالقول لمدعى الصحة عنده وهو رب السلم فى الأولى ، والمسلم إليه فى الثانية وعندهما الحكم كالأول كما قرره فى الهداية وغيرها (قوله ووقع الاتفاق على عقد واحد) احتراز عما إذا لم يتفقا على عقد واحد كما لو قال رب المال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح فإن القول لرب المال ، لأنه ينكر استحقاق زيادة الربح ، وإن تضمن ذلك إنكار الصحة هذا عندهما وأما عنده فلأن عقد المضاربة إذا صح كان شركة ، وإذا فسد صار إجارة فلم يتفقا على عقد واحد فإن مدعى الفساد يدعى إجارة ومدعى الصحة يدعى الشركة ، فكان اختلافهما فى نوع العقد بخلاف السلم ، فإن السلم الحال وهو مايدعيه منكر الأجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا يحنث فى يمينه لا يسلم فى شىء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا فى صحته فالقول لمدعى الصحة وتمامه فى الفتح (قوله فالقول لمدعى الصحة عندهما وعنده للمنكر) كذا فى بعض النسخ

(ولو اختلفا فى مقداره فالقول للطالب مع يمينه) لإنكاره الزيادة (وأى برهن قبل وإن برهنا قضى ببينة المطلوب) لإثباتها الزيادة (وإن) اختلفا (فى مضيه فالقول للمطلوب) أى المسلم إليه بيمينه إلا أن يبرهن الآخر وإن برهنا فبينة المطلوب ولو اختلفا فى السلم تحالفا استحسانا فتح (والاستصناع) هو طلب عمل الصنعة (بأجل) ذكر على سبيل الاستمهال لا الاستعجال فإنه لا يصير سلما (سلم) فتعتبر شرائطه

وهو سبق قلم وعبارة الهداية وغيرها فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما للمنكر وهو كذلك فى بعض النسخ (قوله فالقول للطالب) أى رب السلم ، فإنه يطالب المسلم إليه بالمسلم فيه (قوله وأى برهن قبل) لكن برهان رب السلم وحده مؤكد لقوله : لامثبت لأن القول له بدونه بخلاف برهان المسلم إليه وحده ولذا قضى ببينته إذا برهنا معا (قوله فالقول للمطلوب) لانكاره توجه المطالبة بحر (قوله وإن برهنا فبينة المطلوب) لإثباتها زيادة الأجل فالقول قوله والبينة بينته بحر (قوله ولو اختلفا فى السلم تحالفا استحسانا) أى ويبدأ بيمين الطالب وأى برهن قبل ، وإن برهنا فبرهان الطالب والمسألة على أوجه ، لأن رأس المال إما عين أو دين وعلى كل إما أن يتفقا عليه : ويختلفا فى المسلم فيه أو بالعكس ، أو يختلفا فيهما فإن كان عينا واختلفا فى المسلم فيه فقط كقوله : هذا الثوب فى كر حنطة وقال الآخر : فى نصف كر أو فى شعير أو حنطة رديئة وبرهنا قدم الطالب وإن اختلفا فى رأس المال فقط ، هل هو ثوب أو عبد أو فيهما وبرهنا قضى بالسلمين ، وإن كان دراهم واتفقا فيه فقط يقضى للطالب بسلم واحد عند الثانى ، خلافا لمحمد وكذا لو الاختلاف فى المسلم فيه فقط ولو فيهما كقوله : عشرة دراهم فى كرّى حنطة وقال الآخر : خمسة عشر فى كرّ وبرهنا فعند الثانى تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر فى كرين وعند محمد يقضى بالعقدين اهـ فتح ملخصا :

مطلب فى الاستصناع

(قوله هو لغة(١) طلب الصنعة) أى أن يطلب من الصانع العمل ففى القاموس : الصناعة : ككتابة حرفة الصانع وعمله الصنعة اهـ فالصنعة عمل الصانع فى صناعته أى حرفته ، وأما شرعا : فهو طلب العمل منه فى شىء خاص على وجه مخصوص يعلم مما يأتى ، وفى البدائع من شروطه : بيان جنس المصنوع ، ونوعه وقدره وصفته ، وأن يكون مما فيه تعامل ، وأن لا يكون مؤجلا وإلا كان سلما وعندهما المؤجل استصناع إلا إذا كان مما لا يجوز فيه الاستصناع ، فينقلب سلما فى قولهم جميعا (قوله بأجل) متعلق بمحذوف حال من الاستصناع ، لكن فيه مجىء الحال من المبتدأ ، وهو ضعيف ولا يصح كونه خبرا ، لأنه لا يفيد بل الخبر هو قوله : سلم والمراد بالأجل ما تقدم وهو شهر فما فوقه .

قال المصنف : قيدنا الأجل بذلك لأنه إذا كان أقل من شهر كان استصناعا إن جرى فيه تعامل ، وإلا ففاسد إن ذكره على وجه الاستمهال وإن كان للاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد كان صحيحا اهـ ومثله فى البحر وغيره وسيذكره الشارح (قوله ذكر على سبيل الاستمهال الخ) كان الواجب عدم ذكر هذه الجملة لما علمت من أن المؤجل بشهر فأكثر سلم ، والمؤجل بدونه إن لم يجر فيه تعامل ، فهو استصناع فاسد إلا إذا ذكر الأجل للاستعجال فصحيح كما أفاده ط وقد تبع الشارح ابن كمال (قوله سلم) أى فلا يبقى استصناعا كما فى

---

(١) قوله (قوله هو لغة طلب الصنعة) هكذا بخطه مع أن الذى فى نسخ الشارح هو طلب عمل الصنعة فلعلها نسخة أخرى وليحرر اهـ مصححه .

(جرى فيه تعامل أم لا) وقالا الأول استصناع (وبدونه) أى الأجل (فيما فيه تعامل) الناس (كخف وقمقمة وطست) بمهملة وذكره فى المغرب فى الشين المعجمة وقد يقال طسوت (صح) لاستصناع (بيعا لاعدة) على الصحيح ثم فرع عليه بقوله (فيجبر الصانع على عمله ولا يرجع الآمر عنه) ولو كان عدة لما لزم

التتارخانية ، فلذا قال الشارح فتعتبر شرائطه أى شرائط السلم ، ولهذا لم يكن فيه خيار مع أن الاستصناع فيه خيار لكونه عقدا غير لازم كما يأتى تحريره (قوله جرى فيه تعامل) كخف وطست وقمقمة ونحوها درر (قوله أم لا) كالثياب ونحوها درر (قوله وقالا الأول) أى ما فيه تعامل استصناع لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ، ويحمل الأجل على التعجيل ، بخلاف مالا تعامل فيه ، لأنه استصناع فاسد : فيحمل على السلم الصحيح وله أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه ، وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى هداية (قوله وبدونه) متعلق بقوله صح الآتى ، ومقابل هذا قوله بعد ولم يصح فيما لم يتعامل به (قوله وذكره فى المغرب فى الشين المعجمة) هو خلاف ما فى الصحاح والقاموس والمصباح (قوله وقد يقال) أى فى جمعه وبيانه ما فى المصباح الطست قال ابن قتيبة : أصلها طس ، فأبدلت من أحد المضعفين تاء ، لأنه يقال فى جمعها طساس كسهم وسهام ، وجمعت أيضا على طسوس لاعتبار الأصل وعلى طسوت باعتبار اللفظ (قوله بيعا لاعدة) أى صح على أنه بيع لا على أنه مواعدة ، ثم ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطى ، إذ لو كان كذلك لم يختص بما فيه تعامل وتمامه فى البحر .

قال فى النهر : وأورد أن بطلانه بموت الصانع ينافى كونه بيعا وأجيب بأنه إنما بطل بموته لشبهه بالإجارة وفى الذخيرة : هو إجارة ابتداء بيع انتهاء ، لكن قبل التسليم لا عند التسليم ، وأورد أنه لو انعقد إجارة لأجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى ، وأجيب بأنه إنما لا يجبر لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه والإجارة تفسخ بهذا العذر ألا ترى أن الذارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته ، وكذا رب الأرض اه ومثله فى البحر والفتح والزيلعى (قوله فيجبر الصانع على عمله) تبع فى ذلك الدرر ومختصر الوقاية ، وهو مخالف لما ذكرناه آنفا عن عدة كتب من أنه لا جبر فيه ولقول البحر ، وحكمه الجواز دون اللزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم اه ولما فى البدائع . وأما صفته : فهى أنه عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين ، بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل كالبيع بالخيار للمتبايعين ، فإن لكل منهما الفسخ ، وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء ، وأما إذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره ، وللمستصنع الخيار هذا جواب ظاهر الرواية وروى عنه ثبوته لهما وعن الثانى عدمه لهما والصحيح الأول اه وقال أيضا : ولكل واحد منهما الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ، ثم إذا صار سلما يراعى فيه شرائط السلم فإن وجدت صح وإلا لا اه وقال أيضا : فإن ضرب له أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم ، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذى عليه فى السلم اه : وذكر فى كافى الحاكم أن للصانع بيعه قبل أن يراه المستصنع ثم ذكر أن الاستصناع لا يصح فى الثوب ، وأنه لو ضرب له أجلا وعجل الثمن جاز وكان سلما ، ولا خيار له فيه اه .

وفى التتارخانية : ولا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم وإن شرط تعجيله هذا إذا لم يضرب له أجلا فإن ضرب قال أبو حنيفة يصير سلما ، ولا يبقى استصناعا حتى يشترط فيه شرائط السلم اه . فقد ظهر لك بهذه النقول

(والمبيع هو العين لا عمله) خلافا للبردعى (فإن جاء) الصانع بمصنوع غيره أو بمصنوعه قبل العقد فأخذه (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح (ولا يتعين) المبيع (له) أى للآمر (بلا رضاه فصح بيع الصانع) لمصنوعه (قبل رؤية آمره)ولو تعين له لما صح بيعه (وله) أى للآمر (أخذه وتركه) بخيار الرؤية ومفاده أنه لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له وهو الأصح نهر (ولم يصح فيما لم يتأمل فيه كالثوب إلا بأجل كما مر) فإن لم يصح فسد إن ذكر الأجل على وجه الاستمهال وإن للاستعجال كعلى أن تفرغه غدا كان صحيحا :

أن الاستصناع لا جبر فيه إلا إذا كان مؤجلا بشهر فأكثر ، فيصير سلما وهو عقد لازم يجبر عليه ، ولا خيار فيه وبه علم أن قول المصنف فيجبر الصانع على عمله لا يرجع الآمر عنه إنما هو فيما إذا صار سلما فكان عليه ذكره قبل قوله ، وبدونه وإلا فهو مناقض لما ذكر بعده من إثبات الخيار للآمر ، ومن أن المعقود عليه العين لا العمل فإذا لم يكن العمل معقودا عليه كيف يجبر عليه ، وأما ما فى الهداية عن المبسوط ،من أنه لا خيار للصانع فى الأصح فذاك بعد ما صنعه ورآه الآمر كما صرح به فى الفتح ، وهو ما مر عن البدائع ، والظاهر أن هذا منشأ توهم المصنف وغيره كما يأتى وبعد تحريرى لهذا المقام رأيت موافقته فى الفصل الرابع والعشرين من نور العين إصلاح جامع الفصولين ، حيث قال بعد أن أكثر من النقل فى إثبات الخيار في الاستصناع فظهر أن قول الدرر تبعا لخزانة المفتى أن الصانع يجبر على عمله والآمر لا يرجع عنه سهو ظاهر اه فاغتنم هذا التحرير ولله الحمد (قوله والمبيع هو العين لا عمله) أى أنه بيع عين موصوفة فى الذمة لا بيع عمل أى لا إجارة على العمل لكن قدمنا أنه إجارة ابتداء بيع انتهاء تأمل:

مطلب ترجمة البردعى

(قوله خلافا للبردعى) بالباء الموحدة وسكون الراء وفتح الدال المهملة وفى آخره عين مهملة ، نسبة إلى بردعة بلدة من أقصى بلاد أذر بيجان ، وهو أحمد بن الحسين أبو سعيد من الفقهاء الكبار قتل فى وقعة القرامطة مع الحاج سنة سبع عشرة وثلثمائة وتمام ترجمته فى طبقات عبد القادر (قوله بمصنوع غيره) أى بما صنعه غيره (قوله فأخذه) أى الآمر (قوله بلا رضاه) أى رضا الآمر أو رضا الصانع (قوله قبل رؤية آمره) الأولى قبل اختياره لأن مدار تعينه له على اختياره ، وهو يتحقق بقبضه قبل الرؤية ابن كمال (قوله ومفاده الخ) قدمنا التصريح بهذا المفاد عن البدائع ، وعلله بأن الصانع بائع مالم يره ، ولا خيار له ولأنه باحضاره أسقط خيار نفسه الذى كان له قبله فبقى خيار صاحبه على حاله اه : وفى الفتح وأما بعد ماراآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع اه وهذا هو المراد من إنى الخيار فى المبسوط فقول المصنف فى المنح: ولا خيار للصانع ، كذا ذكره فى المبسوط ، فيجبر على العمل لأنه باع ما لم يره الخ صوابه أن يقول : فيجبر على التسليم لأن الكلام بعد العمل ، وأيضا فالتعليل لا يوافق المعلل على ما فهمه ، وهذا هو منشأ ما ذكره فى متنه أولا وقد علمت تصريح كتب المذهب بثبوت الخيار قبل العمل ، وفى كافى الحاكم الذى هو متن المبسوط ما نصه والمستصنع بالخيار إذا رآه مفروغا منه وإذا رآه فليس للصانع منعه ولا بيعه ، وإن باعه الصانع قبل أن يراه جاز بيعه (قوله وهو الأصح) وهو ظاهر الرواية وعنه ثبوت الخيار لهما وعن الثانى عدمه لهما كما مر عن البدائع (قوله إلا بأجل كما مر) أى بأجل مماثل لما مر فى السلم من أن أقله شهر فيكون سلما بشروطه (قوله فإن لم يصح) أى الأجل لعقد السلم بأن كان أقل من شهر (قوله وإن للاستعجال) أي بأن لم يقصد به التأجيل ، والاستمهال بل قصد به الاستعجال بلا إمهال وظاهره أنه لو لم يذكر أجلا فيما لم يجر فيه تعامل صح لكنه خلاف ما يفهم من المتن ولم أره صريحا

[فرع] السلم فى الدبس لايجوز لما فى إجارة جواهر الفتاوى لو جعل الدبس أجرة لايجوز لأنه ليس بمثلى ، لأن النار عملت فيه ولذا لايجوز السلم فيه فلايجب فى الذمة حتى لو كان عينا جاز :

قلت : وسيجيء فى الغصب أن الرب والقطر واللحم والفحم والآجر والصابون والعصفر والسرقين والجلود والصرم وبر مخلوط بشعير قيمى فليحفظ :

باب المتفرقات

من أبوابها وعبر فى الكنز بمسائل منثورة وفى الدرر بمسائل شتى والمعنى واحد (اشترى ثورا أوفرسا من خزف) للأجل (استئناس الصبى لايصح و) لاقيمة له فـ (لا يضمن متلفه وقيل بخلافه) يصح ويضمن قنية وفى آخر حظر المجتبى عن أبى يوسف يجوز بيع اللعبة وأن يلعب بها الصبيان (وصح بيع الكلب) ولو عقورا (والفهد) والفيل والقرد (والسباع) بسائر أنواعها

فتأمل (قوله فى الدبس) بكسر وبكسرتين عسل التمر وعسل النحل قاموس. والمشهور الآن أنه مايخرج من العنب (قوله ولذا) أى لكون النار عملت فيه ، فصار غير مثلى لا يجوز السلم فيه ، وظاهره أن السلم لا يجوز إلا فى المثلى مع أنه يجوز فى الثياب والبسط والحصر ونحوها كما مر أفاده ط (قوله حتى لو كان عينا) أى لو جعل الأجرة بسامعينا (قوله الرب) دبس الرطب إذا طبخ مصباح (قوله والقطر) نوع من عسل القصب قال المؤلف فى الغصب : إن كلا منهما يتفاوت بالصنعة ولا يصح السلم فيهما ولا يثبت فى الذمة ط (قوله واللحم) ولو نيئا ذكره المؤلف فى الغصب وتقدم الكلام فيه (قوله والآجر والصابون) لا ختلافهما فى الطبخ (قوله والصرم) بالفتح الجلدة مصباح وقدمنا أول الباب عن الفتح : أنه يصح السلم فى الجلود إذا بين مايقع به فى الضبط (قوله وبر مخلوط) الأصوب وبرا مخلوطا عطفا على الرب المنصوب .نعم الرفع جائز على القول بجواز العطف بالرفع على محل اسم إن قبل استكمال العمل فافهم والله سبحانه أعلم •

باب المتفرقات

جرت عادتهم أن المسائل التى تشذ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها يجمعونها بعد ، ويسمونها بشىء هذه الأسماء ط (قوله بمسائل منثورة) شبهت بالمنثور من الذهب أو الفضة لنفاستها ، وهو بالرفع على الحكاية ط ويجوز الجر (قوله من خزف) أى طين قال ط : قيد به لأنها لو كانت من خشب أو صفر جاز اتفاقا فيما يظهر لامكان الانتفاع بها وحرره اه وهو ظاهر (قوله ولا يضمن متلفه) كأنه لأنه آلة لهو ولا يقال فيها نحو ما قيل فى عود اللهو من أنه يضمن خشبا لا مهيأ على أحد القولين ، لأنه لاقيمة لهذه الأشياء إذا قطع النظر عن التلهى بها ط (قوله وقيل بخلافه) يشعر بضعفه مع أن المصنف نقله عن القنية ، وفى القنية لم يعبر عنه بقيل بل رمز للأول ثم للثانى (قوله عن أبى يوسف) أى ناقلا عن أبى يوسف ، وظاهره أنه قوله لا رواية عنه حتى يقال : إن هذا يشعر بضعفه ونسبته إلى أبى يوسف لا تدل على أن الإمام يخالفه لاحتمال أن يكون له فى المسألة قول فافهم (قوله ولو عقورا) فيه كلام يأتى (قوله والفيل) هذا بالإجماع لأنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الإطلاق فكان مالا بحر عن البدائع أى ينتفع به للقتال والحمل وينتفع بعظمه (قوله والقرد) فيه قولان كما يأتى (قوله والسباع) وكذا يجوز بيع لحمها بعد الذكية لاطعام كلب أو سنور ، بخلاف لحم الخنزير لأنه لايجوز إطعامه محيط

حتى الهرة وكذا الطيور (علمت أولا) سوى الخنزير وهو المختار للانتفاع بها وبجلدها كما قدمناه فى البيع الفاسد والتمسخر بالقرد ، وإن كان حراما لا يمنع بيعه بل يكرهه كبيع العصير شرح وهبانية :

[فرع] لاينبغى اتخاذ كلب إلا لخوف لص أو غيره فلا بأس به ومثله سائر السباع عينى وجاز اقتناؤه لصيد وحراسة ماشية وزرع جماعا (كما صح بيع خرء حمام كثير و) صح (هبته) قنية (و) أدنى (القيمة التى تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبزلايجوز)قنية (كما لايجوز) بيع هوام الأرض كالخنافس والقنافذ والعقارب والوزغ والضب (و) لاهوام (البحر كالسرطان) وكل مافيه سوى سمك وجوز فى القنية بيع ماله ثمن كسقنقور وجلود خز وجمل الماء لوحيا وأطلق الحسن الجواز وجوز أبو الليث بيع الحيات إن انتفع بها فى الأدوية وإلا لا

لكن على أصح التصحيحين من أن الذكاة الشرعية لا تطهر إلا الجلد دون اللحم لا يصح بيع اللحم شرنبلالية (قوله حتى الهرة) لأنها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهى منتفع بها فتح (قوله وكذا الطيور) أى الجوارح درر (قوله علمت أولا) تصريح بما فهم من عبارة محمد فى الأصل ، وبه صرح فى الهداية أيضا لكن فى البحر عن المبسوط ، أنه لا يجوز بيع الكلب العقور الذى لا يقبل التعليم فى الصحيح من المذهب ، وهكذا نقول فى الأسد إن كان يقبل التعليم ، ويصطاد به يجوز بيعه ، وإلا فلا والفهد والبازى يقبلان التعليم ، فيجوز بيعهما على كل حال اه .

قال فى الفتح : فعلى هذا لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشراسته لا يقبل التعليم ،وفى بيع القرد روايتان اه وجه رواية الجواز وهو الأصح زيلعى أنه يمكن الانتفاع بجلده ،وهو وجه ماف المتن أيضا وصحح فى البدائع عدم الجواز لأنه لايشترى للانتفاع بجلده عادة بل للتلهى به وهو حرام اه بحر :

قلت : وظاهره أنه لو لاقصد التلهى به لجاز بيعه ، ثم إنه يرد عليه ما ذكره الشارح عن شرح الوهبانية من أن هذا لا يقتضى عدم صحة البيع بل كراهته .

والحاصل : أن المتون على جواز بيع ماسوى الخنزير مطلقا وصحح السرخسى التقييد بالمعلم منها (قوله لا ينبغى اتخاذ كلب الخ) الأحسن عبارة الفتح ، وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع ، فيجوز بالإجماع لكن لا ينبغى أن يتخذه فى داره إلا إن خاف لصوصا أو أعداء للحديث الصحيح «من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان» (قوله خرء حمام كثير) لعل المراد به ما تبلغ قيمته فلسا فإنه أقل قيمة المبيع ط ، ومثل الحمام بقية الطيور المأكولة لطهارة خرئها ، وتقدم فى البيع الفاسد جواز بيع سرقين وبعر ، ولو خالصين والانتفاع به والوقود به وبيع رجيع الآدمى لو مخلوطا بتراب (قوله لا يجوز)أى إذا لم تبلغ قيمتها فلسا (قوله والقنافذ) جمع قنفذ بضم الفاء وتفتح مصباح ، وذكره فى القاموس فى الدال المهملة والذال المعجمة (قوله والوزغ) هو سام أبرص (قوله وكل مافيه) أى فى البحر (قوله سوى سمك) عبارة البحر عن البدائع إلا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه اه (قوله بيع ماله ثمن) فى الشرنبلالية عن المحيط يجوز بيع العلق فى الصحيح لتمول الناس ، واحتياجهم إليه لمعالجة مص الدم من الجسد اه .

قلت : وعليه فيجوز بيع دودة القرمز ، لأنها من أعز الأموال وأنفسها فى زماننا وينتفع بها خلافا لمن أفتى بأنه لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها كما حررناه فى البيع الفاسد (قوله كسقنقور) حيوان مستقل وقيل بيض التماسيح إذا فسد ويكبر طول ذراعين على أنحاء السمكة وتمامه فى تذكرة الشيخ داود (قوله وجلود خز) الخز اسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها مصباح (قوله لو حيا) عبارة البحر عن القنية قبل يجوز حيا لا ميتا الخ ؛

ورده فى البدائع بأنه غير سديد لأن المحرم شرعا لايجوز الانتفاع به للتداوى كالخمر فلاتقع الحاجة إلى شرع البيع (ويجوز بيع دهن نجس) أى متنجس كما قدمناه فى البيع الفاسد (وينتفع به للاستصباح) فى غير مسجد كمامر (والذمى كالمسلم فى بيع) كصرف وسلم وربا وغيرها (غير الخمر والخنزير وميتة لم تمت حتف أنفها) بل بنحو خنق أوذبح مجوسى فإنها كخنزير

مطلب فى التداوى بالمحرم

(قوله ورده فى البدائع الخ) قدمنا فى البيع الفاسد عند قوله ولبن امرأة إن صاحب الخانية والنهاية اختارا جوازه إن علم أن فيه شفاء ولم يجد دواء غيره قال في النهاية : وفى التهذيب يجوز للعليل شرب البول، والدم والميتة للتداوى إذا أخبره طبيب مسلم أن فيـــه شفاءه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه ، وإن قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان ، وهل يجوز شرب العليل من الخمر للتداوى فيه وجهان ، كذا ذكره الإمام التمرتاشى وكذا فى الذخيرة وما قيل إن الاستشفاء بالحرام حرام غير مجرى على إطلاقه وأن الاستشفاء بالحرام إنما لايجوز إذا لم يعلم أن فيه شفاء أما إن علم وليس له دواء غيره يجوز ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم يحتمل أن يكون قال ذلك فى داء عرف له دواء غير المحرم لأنه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال اهـ نور العين من آخر الفصل التاسع والأربعين (قوله أى متنجس) احترز به عن دهن الميتة والخنزير اهـ ح (قوله وينتفع به للاستصباح) عطف علة على معلول ط ، لأن الانتفاع به علة جواز البيع (قوله كما مر) أى فى باب الأنجاس لكن عبارته هناك ، ولا يضر أثر دهن إلا دهن ودك ميتة لأنه عين النجاسة ، حتى لا يدبغ به جلد بل يستصبح به فى غير مسجد اهـ وقدمنا هناك تأييد ماهنا بالحديث الصحيح ، وقدمنا ذلك أيضا فى البيع الفاسد (قوله غير الخمر والخنزير الخ) فانا نجيز بيع بعضهم بعضا لخصوص فيه من قول عمر رضى الله تعالى عنه أخرجه أبو يوسف فى كتاب الخراج حضر عمر بن الخطاب ، واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغنى أنكم تأخذون فى الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ، ولـكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم فتح (قوله وميتة الخ) هذا زاده ابن الـكمال وصاحب الدرر استدرا كا على الهداية بأن المستثنى غير محصور بالخمر والخنزير واستدرك أيضا فى النهر شراؤه عبدا مسلما أو مصحفا .

قلت : هذا إنما يظهر أن لو كان التشبيه فى قولهم : والذمى كالمسلم الخ من جهة الحل والحرمة والظاهر أنه من جهة الصحة والفساد لأن الصحيح(١) من مذهب أصحابنا أن الـكفار مخاطبون بشرائع ، وهى محرمات ، فكانت ثابتة فى حقهم أيضا ، فلو كان التشبيه من جهة الحل والحرمة لم يصح استثناء شىء، فتعين ماقلنا وحينئذ فلا يدخل الجبر على البيع فى التشبيه حتى يصح استثناؤه ولذا غاير المصنف فى التعبير فقال : وصح شراؤه عبدا الخ ، ثم هذا

---

(١) قوله (لأن الصحيح الخ) قال فى متن المنار والـكفار مخاطبون بالأمر بالإيمان وبالمشروع من العقوبات وبالمعاملات وبالشرائع فى حق المؤاخذة فى الآخرة بلا خلاف ، وأما فى وجوب الأداء فى أحكام الدنيا فكذلك عند البعض والصحيح أنهم لايخاطبون بأداء مايحتمل السقوط من العبادات اهـ .

قال ابن نجيم فى شرحه : كالصلاة والصوم فلا يعاقبون على تركها ثم قال : والراجح ماعليه الأكثر من العلماء على التكليف لموافقته لظاهر النصوص فلوكن هو المعتمد اهـ منه .

وقد أمرنا بتركهم وما يدينون (وصح شراؤه) أى الكافر كما قدمناه فى البيع الفاسد (عبدا مسلما أو مصحفا) أو شقصا منهما (ويجبر على بيعه) ولو اشترى صغيرا أجبر وليه فلو لم يكن أقام القاضى له وليا وكذا لو أسلم عبده ويتبعه طفله ولو أعتقه أو كاتبه جاز فإن عجز أجبر أيضا ولو رده أو استولدها سعيا فى قيمتها ويوجع ضربا لو طئه مسلمة وذلك حرام .

[فرع] من عادته شراء المردان يجبر على بيعه دفعا للفساد نهر وغيره ، وكذا محرم أخذ صيدا يؤمر بإرساله ولو أسلم مقرض الخمر سقطت ولو المستقرض فروايتان (وطء زوج) الأمة (المشتراة) التى أنكحها المشترى قبل قبضها (قبض) لمشتريها لحصوله بتسليمه

على رواية أن بيع ما لم يمت حتف أنفه صحيح بينهم ، وفى رواية أنه فاسد بخلاف ما مات حتف أنفه فإن بيعه باطل فيما بيننا وبينهم ، كما مر أول البيع الفاسد .

مطلب أمرنا بتركهم وما يدينون

(قوله وقد أمرنا بتركهم وما يدينون) كذا فى الهداية وقال دل عليه قول عمر : ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها اه وأشار به إلى أن إعراضنا عنهم ، ليس لكونها مباحة شرعا فى حقهم كما هو قول البعض ، بل الحرمة ثابتة فى حقهم فى الصحيح ، لأنهم مخاطبون بها كما قلنا لكنهم لايمنعون من بيعها ، لأنهم لايعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون كما فى البحر عن البدائع ، لكن الأولى الاستدلال بأن هذا مخصوص بالأثر المنقول عن عمر كما مر ، وإلا ورد عليه أنه لو اعتقدوا حل ما مات حتف أنفه أن يصح بيعه ، مع أنهم لو ارتفعوا إلينا نحكم ببطلانه وأيضا لو اعتقدوا حل السلم أو الصرف أو نحوهما ، بدون شروطه المعتبرة عندنا نحكم بينهم بشرعنا إلا فى الخمر والخنزير فعقدهم عليهما كعقدنا على الشاة والعصير ، وفى البحر عن حدود القنية ويمنع الذمى عما يمنع المسلم إلا شرب الخمر فإن غنوا وضربوا العيدان منعوا كالمسلمين لأنه لم يستثن عنهم اه قال فى النهر : ويرد عليه أنه لا يمنع من لبس الحرير والذهب بخلاف المسلم اه (قوله ويجبر على بيعه) ولو اشتراه من كافر مثله شراء فاسدا أجبر على رده لأن دفع الفساد واجب حقا للشرع ثم يجبر البائع على بيعه بحر (قوله أجبر وليه) وينبغى أن عقد الصغير فى هذا لا يتوقف على الاجارة نهر : أى لعدم فائدته لأنه إذا أجازه وليه أجبر أيضا على بيعه ، وقد يقال إنه قد يسلم قبل إجبار وليه فيبقى على ملكه فكان للاجازة فائدة (قوله وكذا لو أسلم عنده) فى بعض النسخ عبده بالباء بدل النون وأفاد أنه لا فرق بين كون العبد مسلما وقت الشراء أو بعده (قوله ويتبعه طفله) أى لو أسلم العبد وله ولد غير بالغ يتبعه فى الإسلام والإجبار على بيعه معه (قوله فإن عجز) أى المكاتب (قوله أجبر) أى الكافر على بيعه ومفهومه أنه لايجبر ما دام عقد الكتابة وهو ظاهر ، لأن المكاتب لايجوز بيعه (قوله من عادته شراء المردان) عبارة النهر عن المحيط الفاسق المسلم إذا اشترى عبدا أمرد وكان من عادته إتباع المرد أجبر على بيعه دفعا للفساد اه . وعن هذا أفتى المولى أبو السعود بأنه لاتسمع دعواه على أمرد ، وبه أفتى الخير الرملى والمصنف أيضا (قوله يؤمر بإرساله) ولايصح بيعه ومر بيان ذلك كله فى الحج (قوله ولو أسلم مقرض الخمر سقطت) لتعذر قبضها فصار هلاكها مستندا إلى معنى فيها ، وفى البيع لو أسلما أو أحدهما قبل القبض انتقض البيع أى ثبت حق الفسخ لتعذر القبض بالإسلام ، فصار كما لو أبق المبيع وتمامه فى البحر (قوله فروايتان) أى عن الإمام فى رواية تسقط ، وفى رواية عليه قيمتها ، وهو قول محمد لتعذره لمعنى من جهته بحر (قوله التى أنكحها المشترى الخ) أى إذا اشترى أمة وزوجها لرجل قبل قبضها من البائع فوطئها الزوج صار المشترى قابضا

فصار فعله كفعله (لا) مجرد (نكاحها) استحسانا (فلو انتقض البيع) قبل القبض (بطل النكاح) فى قول الثانى ، وهو (المختار) وقيده الكمال بما إذا لم يكن بطلانه بموتها ، فلو به قبل القبض لم يبطل النكاح ، وإن بطل البيع فيلزمه المهر للمشترى فتح (اشترى شيئا) منقولا ، إذالعقار لايبيعه القاضى (وغاب) المشترى (قبل القبض ونقد الثمن غيبة معروفة فأقام بائعه بينة أنه باعه منه لم يبع فى دينه) لإمكان ذهابه إليه

(قوله فصار فعله) أى الزوج كفعله أى المشترى (قوله استحسانا) والقياس أن يكون قبضا لأنه تعييب حكمى ؛ ألا ترى أنه لو وجد المشتراة مزوّجة يردها بالعيب ، وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسى من المشترى والتزويج فعل تعييب حكمى بمعنى تقليل الرغبات فيها كنقصان السعر ، وتمامه فى النهر (قوله فلو انتقض البيع) أى بنحو خيار عيب أو فساد (قوله بطل النكاح) لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا بحر (قوله وقيده الكمال) لم يقيده الكمال من عنده بل قال وقيد القاضى الإمام أبو بكر بطلان النكاح الخ فلو قال الشارح وقيده القاضى أبو بكر لكان أصوب ولسلم عزوه فى آخر العبارة إلى الفتح من الاستدراك (قوله بطلانه) أى البيع (قوله فيلزمه المهر للمشترى فتح) لم أجد هذه العبارة فى الفتح بل ذكرها فى النهر ، ونقل محشى مسكين عن شيخه أنه لم يجدها فى النهاية ولا فى العناية والبحر : ونقل عن الشيخ شاهين أنه وجدها فى المعراج ثم استشكلها بأنه كيف تكون هالكة من مال البائع ويكون المهر للمشترى فهو مخالف لقولهم : الغرم بالغنم اه .

قلت : عدم بطلان النكاح دليل على أن بطلان البيع مقتصر على وقت الموت فلم يصر العقد كأن لم يكن ، فيظهر أن النكاح كان على ملك المشترى فيستحق المهر تأمل ، وانظر ماقدمناه فى البيع الفاسد قبيل قوله ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما (قوله إذ العقار لايبيعه القاضى) فى بعض النسخ لايبيعه إلا القاضى بزيادة إلا ، والصواب الأول ، وهو الموجود فى النهر وكذا فى البحر عن النهاية وجامع الفصولين . وعبارة جامع الفصولين : جاز للقاضى بيع المبيع وإبقاء الثمن لو كان منقولا لا لو عقارا اه (قوله قبل القبض) فلو غاب بعده لايبيعه القاضى لأن حقه غير متعلق بماليته بل بذمة المشترى ، وقيده فى جامع الفصولين بما إذا لم يخف عليه التلف فإن خيف جاز له البيع حيث قال للقاضى إيداع مال غائب ومفقود ، وله إقراضه وبيع منقوله إذا خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم اه : وينبغى أن يقال : إن خوف التلف مجوّز للبيع علم مكانه أولا ، وقدمنا نحوه فى خيار الشرط فارجع إليه نهر (قوله غيبة معروفة) بأن كانت البلدة التى خرج إليها معروفة وإن بعدت نهر (قوله فأقام بائعه بينة الخ) ليست البينة هنا للقضاء على الغائب ، بل لنفى التهمة وانكشاف الحال كما فى الزيلعى ، فلا يحتاج إلى خصم حاضر لأن العبد فى يده وقد أقربه للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه بحر :

قال فى جامع الفصولين : الخصم شرط لقبول البينة لو أراد المدعى أن يأخذ من يد الخصم الغائب شيئا ، أما إذا أراد أن يأخذ حقه من مال كان للغائب فى يده فلا يشترط ولا يحتاج لوكيل كهذه المسألة ، وكذا لو استأجر إبلا إلى مكة ذاهبا أو جائيا ودفع الكراء ومات رب الدابة فى الذهاب فانفسخت الإجارة فله أن يركبها ولا يضمن ، وعليه أجرتها إلى مكة فإذا أتاها ورفع الأمر إلى القاضى فرأى بيعها ودفع بعض الأجر إلى المستأجر جاز ، وعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر إلى القاضى ليبيع الرهن ينبغى أن يجوز كما فى هاتين المسألتين اه وأقره فى البحر (قوله أنه باعه منه) وأنه لم ينقد إليه الثمن نهر وفتح :

(وإن جهل مكانه بيع) المبيع : أى باعه القاضى أو مأموره نظرا للغائب وأدى الثمن وما فضل يمسكه للغائب ، وإن نقص تبعه البائع إذا ظفر به (وإن اشترى اثنان) شيئا (وغاب واحد) منهما (فللحاضر دفع) كل (ثمنه) ويجبر البائع على قبول الكل ودفع الكل للحاضر (و) له (قبضه وحبسه) عن شريكه إذا حضر (حتى ينقد شريكه) الثمن ، بخلاف أحد المستأجرين : والفرق أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان مضطرا بخلاف المؤجر ؛ اللهم إلا إذا شرط تعجيل الأجرة .

مطلب للقاضى إيداع مال غائب وإقراضه وبيع منقوله الخ

(قوله باعه القاضى أو مأموره)ولو أذن له بأن يؤجر الدابة ويعلفها من أجرها جاز كما فى جامع الفصولين ، وظاهر كلامهم أن البائع لا يملك البيع بلا إذن القاضى ، فإن باع كان فضوليا ، وإن سلم كان معتديا والمشترى منه غاصب بحر :

قلت : وفى الولواجية : اشترى لحما فذهب ليجىء بالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد يسع البائع بيعه لأن المشترى يكون راضيا بالانفساخ ، فإن باع بزيادة تصدق بها أو بنقصان وضع على المشترى وهذا نوع استحسان اه. وبه علم أن ما يسرع فساده لا يتوقف على القاضى لرضاه بالانفساخ ، بخلاف غيره فإن القاضى يبيعه على ملك المشترى ولذا كان الفضل له والنقص عليه (قوله نظرا للغائب) أى وللبائع لأن البائع يصل به إلى حقه ويبرأ عن ضمانه والمشترى أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته بحر .

[فرع] فى جامع الفصولين : سئل نجم الدين عمن وهبه أمير أمة فأخبرته أنها لتاجر قتل فأخذت وتداولتها الأيدى حتى وصلت إليه ولا يجد وارث القتيل ويعلم أنه لو خلاها ضاعت ولو أمسكها يخاف الفتنة : فأجاب للقاضى بيعها من ذى اليد ، فلو ظهر المالك كان له على ذى اليد ثمنها (قوله وإن اشترى اثنان شيئا) أى اشتريا عبدا صفقة واحدة كما عبر فى الجامع الصغير لقاضيخان (قوله وغاب واحد منهما) أى بحيث لم يدر مكانه نهر ، وقيد به لأنه لو كان حاضرا يكون متبرعا بالإجماع لأنه لا يكون مضطرا فى إيفاء الكل ، إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه فتح (قوله ويجبر الخ) الظاهر أن هذا لو المبيع غير مثلى ، أما المثلى كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل ولذا صوروا المسألة بالعبد كما ذكرنا تأمل (قوله وله) أى للحاضر قبضه أى قبض كل المبيع (قوله حتى ينقد شريكه الثمن) أى ثمن حصته إذا كان الثمن حالا : وفى ط عن الوانى : النقد فى الأصل تمييز الجيد من الردىء من نحو الدراهم ثم استعمل فى معنى الأداء (قوله بخلاف أحد المستأجرين) لو غاب قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعا لأنه غير مضطر ، إذ ليس للمؤجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة ذكره التمرتاشى نهر ، وهذه الأحكام المذكورة من دفع الثمن وجبر البائع ودفع الكل والقبض والحبس مذهبهما : وخالف أبو يوسف فى جميعها ط .

مطلب فى العلو إذا سقط

(قوله فكان مضطرا) فصار كمعير الرهن إذا أفلس الراهن وهو المستعير . أو غاب فإن المعير إذا افتكه يدفع الدين يرجع على الراهن لأنه مضطر فيه وكصاحب العلو إذا سقط السفل كان له أن يبنى السفل إذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به إلى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ما صرفه وتمامه فى الفتح (قوله اللهم الخ)

(باع) شيئا (بالألف مثقال ذهب وفضة تنصفا به) أى بالمثقال فيجب خمسمائة مثقال من كل منهما لعدم الأولوية (وفى) بيعه شيئا (بألف من الذهب والفضة تنصفا وانصرف للوزن المعهود) النصف (من الذهب مثاقيل و) النصف (من الفضة دراهم) ومثله له على كر حنطة وشعير وسمسم لزمه من كل ثلث كر ، وهذه قاعدة فى المعاملات كلها كمهر ووصية ووديعة وغصب وإجارة وبدل خلع وغيره فى موزون ومكيل ومعدود ومذروع عينى ، وقوله (وزن سبعة) تقدم فى الزكاة ، وأفاد الكمال أن اسم الدرهم ينصرف للمتعارف فى بلد العقد ؛ ففى مصر ينصرف للفلوس . وأفاد فى النهر أن قيمته تختلف باختلاف الأزمان ، فأفتى اللقانى بأنه يساوى نصفا وثلاثة فلوس ، فلو أطلق الواقف الدرهم اعتبر زمنه إن عرف وإلا صرف للفضة لأنه الأصل كما لو قيده بالنقرة كواقف الشيخونية والصرغتمشية ونحوهما

بحث لصاحب النهر (قوله لعدم الأولوية) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما نصفه ، ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها ، بخلاف ما إذا قال بألف من الدرهم والدنانير حيث لا يشترط بيان الصفة وينصرف إلى الجياد نهر (قوله والصرف للوزن المعهود الخ) فإن المعهود وزن الذهب بالمثاقيل ووزن الفضة بالدراهم ، فهو كما لو قال بألف من الدراهم والدنانير (قوله وهذه قاعدة الخ) الإشارة إلى ما ذكره المصنف : أى أن قوله باع بألف مثقال الخ ليس البيع قيدا فى ذلك وكذا الموزون ، بل مثله المكيل ونحوه كما لو أقر له برطل من سمن وعسل وزيت أو بمائة من بيض وجوز وتفاح أو بمائة ذراع من كتان وإبريسم وخز يلزمه من كل ثلث (قوله وزن سبعة) أى العشرة من الدراهم وزن سبعة مثاقيل كل درهم أربعة عشر قيراطا اهـ ط ؛

مطلب فيما ينصرف إليه اسم الدراهم

(قوله وأفاد الكمال الخ) اعلم أنه وقع اشتباه فى موضعين بالنظر إلى العرف الحادث الأول فيما ينصرف إليه اسم الدرهم والثانى فى قيمته ، فذكر فى الفتح أن انصراف الدراهم إلى وزن سبعة إذا كان متعارفا فى بلد العقد . وأما فى عرف مصر فلفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلا أن يعقد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة . وأخذ منه فى البحر أن الواقف بمصر او شرط دراهم للمستحق ولم يقيدها ينصرف إلى الفلوس النحاس وإن قيدها بالنقرة ينصرف إلى الفضة . واعترضه فى النهر بأن ما فى الفتح حكاية عما فى زمنه ولا يلزم منه كون كل زمن كذلك ، فالذى ينبغى أن لا يعدل عنه اعتبار زمن الواقف إن عرف وإلا صرف إلى الفضة لأنه الأصل اهـ ؛

الموضع الثانى قال فى النهر : وأما قيمة كل درهم منها فقال فى البحر بعد ما أعاد المسألة فى الصرف قد وقع الاشتباه فى أنها خالصة أو مغشوشة وكنت قد استفتيت بعض المالكية عنها ، يعنى به علامة عصره ناصر الدين اللقانى ، فأفتى أنه سمع ممن يوثق به أن الدرهم منها يساوى نصفا وثلاثة من الفلوس ، قال فليعول على ذلك ما لم يوجد خلافه اهـ وقد اعتبر ذلك فى زماننا لأن الأدنى متيقن به ، وما زاد عليه فهو مشكوك فيه ، ولكن الأوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما فى جامع الفصولين من دعوى النقرة لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد ، ولو ادعت مائة درهم مهرا وجب لها مائة وسط اهـ فينبغى أن يعول عليه اهـ ؛

ورأيت فى فتاوى بعض الشافعية أن قيمته باعتبار المعاملـــة نصف وثلث وأنت قد علمت أن القيمة

فقيمة درهمها نصفان ، وأفاد المصنف أن النقرة تطلق على الفضة وعلى الذهب وعلى الفلوس النحاس بعرف مصر الآن، فلا بد من مرجع ؛ فإن لم يوجد فالعمل على الاستيمارات القديمة للوقف كما عوّلوا عليها فى نظائره كمعرفة خراج ونحوه . قال : وبه أفتى المنلا أبو السعود أفندى :

(ولو قبض زيفا بدل جيد) كان له على آخر (جاهلا به) فلو علم وأنفقه كان قضاء اتفاقا (ونفق أو أنفقه) فلو قائماً رده اتفاقا (فهو قضاء) لحقه وقال أبو يوسف : إذا لم يعلم يرد مثل زيفه ويرجع بجيده استحسانا كما لو كانت ستوقة أو نبهرجة ، واختاره للفتوى ابن كمال :

قلت : ورجحه فى البحر والنهر والشرنبلالية فيه يفتى :

(ولو فرخ طير أو باض فى أرض لرجل

تختلف باختلاف الأزمان ، ولا شك فى اختلاف أزمنة الواقفين فينبغى اعتبار زمن الواقف والله تعالى الموفق اه .

قلت : وفى زماننا وقبله بمدة مديدة ترك الناس التعامل بلفظ الدرهم ، وإنما يذكرون لفظ القرش وهو اسم لأربعين نصف فضة ، وهذا يختلف باختلاف الزمان ، فينظر إلى قرش زمن الواقف أيضا (قوله فقيمة درهمها نصفان) هذا ذكره فى النهر بعد ما حرر المقام ، والظاهر أن مراده أن ذلك كان فى زمن الواقف فلا ينافى ما حرره قبله (قوله أن النقرة تطلق الخ) إطلاقها على الفلوس عرف حادث . ففى المغرب : النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة (قوله فلا بد من مرجح) وذلك كأن يعلم ما كانت تطلق عليه فى زمن الواقف أو يكون قيدها بشىء فافهم (قوله الاستيمارات القديمة) أى التصرفات أو العطايا أو الدفاتر أو نحوها ، مأخوذة من استمر الشىء إذا دام ، والمراد أنه ينظر إلى ما جرى عليه التعامل من قديم الزمان فيتبع (قوله ولو قبض زيفا) أى رديئا وهو من الوصف بالمصدر ، لأنه يقال زافت الدراهم تزيف زيفا من باب سار أى ردأت ثم وصف به فقيل درهم زيف ودرهم زيوف كفلس وفلوس ، وربما قيل زائف على الأصل كما فى المصباح .

مطلب فى النبهرجة والزيوف والستوقة

وفى التتارخانية الدراهم أنواع أربعة : جياد ، ونبهرجة ، وزيوف ، وستوقة .

واختلفوا فى تفسير النبهرجة ، قيل هى التى تضرب فى غير دار السلطان والزيوف : هى المغشوشة . والستوقة : صفر مموه بالفضة . وقال عامة المشايخ : الجياد فضة خالصة تروج فى التجارات وتوضع فى بيت المال . والزيوف ما زيفه بيت المال : أى يرده ، ولكن تأخذه التجار فى التجارات لا بأس بالشراء بها ، ولكن يبين للبائع أنها زيوف : والنبهرجة : ما يرده التجار . والستوقة : أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينهما صفر وليس لها حكم الدراهم اه .

وقال فى أنفع الوسائل : وحاصل ما قالوه إن الزيوف أجود وبعده النبهرجة وبعدهما الستوقة : وهى بمنزلة الزغل التى نحاسها أكثر من فضتها (قوله كان قضاء اتفاقا) لأنه صار راضيا بترك حقه فى الجودة ، وقيد بقوله وأنفقه لأنه لو عرضه على البيع ولم ينفقه له رده كما سيذكره الشارح آخر الفروع (قوله ونفق) أى هلك ، يقال : نفقت الدابة نفوقا من باب قعد هلكت مصباح (قوله استحسانا) وقولها قياس كما ذكره فخر الإسلام وغيره ، وظاهره ترجيح قول أبى يوسف بحر (قوله ولو فرخ طير) يقال فرّخ بالتشديد وأفرخ صار ذا أفراخ ، وأفرخت

أو تـكسر فيها ظبى) أى انـكسر رجله بنفسه ، فلو كسرها رجل كان للـكاسر لا للآخذ (فهو للآخذ) لسبق يده لمباح (إلا إذ هيأ أرضه لذلك) فهو له (أو كان صاحب الأرض قريبا من الصيد بحيث يقدر على أخذه لو مد يده فهو لصاحب الأرض) لتمكنه منه ، فلو أخذه غيره لم يملـكه نهر (وكذا) مثل مامر (صيد تعلق بشبكة نصبت للجفاف) أو دخل دار رجل (ودرهم أو سكر نثر فوقع على ثوب لم يعد له) سابقا (ولم يكف) لاحقا ، فلو أعده أو كفه ملـكه بهذا الفعل :

[فروع] عسل النحل فى أرضه ملـكه مطلقا لأنه صار من أنزالها :

شرى دارا فطلب المشترى أن يكتب له البائع صكا لا يجبر عليه

البيضة : انفلقت عن الفرخ فخرج منها مصباح (قوله أو تـكنسر) وقع فى الـكنز تـكنس . وفى المغرب : كنس الظبى دخل فى الـكناس كنوسا من باب طلب وتكنس مثله ، ومنه الصيد : إذا تـكنس فى أرض رجل أى استتر ، ويروى تـكسر وانـكسر اهـ . وفى الفتح : وفى بعض النسخ تـكسر أى وقع فيها فتكسر احترازا عما لو كسره رجل فيها بحر ، وقوله من باب طلب صوابه من باب جلس رملى ، وقوله احتراز الخ إنما يتم إذا لم يكن تـكسر للمطاوعة وإلا فهو من فعل غيره ، يقال كسره بالتشديد فتكسر وكسره بالتخفيف فانـكسر : أى قبل ذلك تأمل (قوله إلا إذا هيأ أرضه لذلك الخ) أى بأن حفر فيها بئرا ليسقط فيها أو أعد مكانا للفراخ ليأخذها فتح لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد بحر (قوله أو كان صاحب الأرض قريبا الخ) ظاهره أن سبب الملك أحد شيئين : إما التهيئة ، أو القرب ، ومقتضاه أنه لو خرج الصيد من أرضه المهيأة قبل قربه منه يبقى على ملـكه فليس لغيره أخذه ، لـكن يشكل عليه ما فى الذخيرة عن المنتقى حيث قال : نصب حبالة فوقع فيها صيد فاضطرب وانفلت فأخذه غيره فهو له ، فلو جاء صاحب الحبالة ليأخذه فلما دنا منه بحيث يقدر عليه انفلت فأخذه غيره فهو لصاحب الحبالة . والفرق أن صاحب الحبالة فيهما وإن صار آخذا له إلا أنه فى الأول بطل الأخذ قبل تأكده ، وفى الثانى بعد تأكده ، وكذا صيد البازى ، والـكلب إذا انفلت فهو على هذا التفصيل اهـ أفاده ط (قوله فلو أخذه غيره لم يملـكه) استدل عليه فى النهر بعبارة المنتقى المذكورة (قوله مثل ما مر) بدل من قوله وكذا أو عطف بيان أفاد به أن الإشارة إلى ما ذكر فى أول المسألة من أنه لآخذه (قوله أو دخل دار رجل) وكذا لو دخل بيته وأغلق عليه الباب ولم يعلم به لم يصر آخذا مالـكا له ، حتى لو خرج بعد ذلك فأخذه غيره ملـكه ه وعن أبى يوسف : لو اصطاده فى دار رجل من الهواء أو على الشجر ملـكه لأن حصوله على حائط رجل أو شجرته ليس بإحراز فإن قال رب الدار كنت اصطدته قبلك ، فإن كان أخذه من الهواء فهو له لأنه لا يد لرب الدار على الهواء ، وإن أخذه من حائطه أو شجره فالقول لرب الدار لأخذه من محل هو فى يده ، وإن اختلف فى أخذه من الهواء أو الشجرة فـكذلك لأن الظاهر أن ما فى داره يكون له وتمامه فى البحر (قوله ملـكه بهذا الفعل) أى بالإعداد أو الـكف ، وظاهره أنه بدون ذلك لا يملـكه ، وإن وقع قريبا منه بحيث تناله يده ، والفرق بينه وبين الصيد أن الصيد يملـكه بالقرب منه إذا وقع فى أرضه ونحوها لا مطلقا وإلا لزم أنه لو قرب من صيد فى برية ملـكه والنثار يكون فى بيت أهل العرس عادة فلا يعتبر فيه مجرد القرب بل لا بد من إعداد الثوب أو كفه . وأيضا لو اعتبر مجرد القرب يؤدى إلى المنازعة بين الحاضرين الذين وقع بينهم إذ كلهم يدعيه (قوله ملـكه مطلقا) أى وإن لم يعدها لذلك (قوله لأنه صار من أنزالها) أى ريعها فهو بفتح الهمزة جمع نزل : قال فى المصباح : نزل الطعام نزلا من باب تعب كثر ريعه ونماؤه فهو نزل وطعام كثير النزل بوزن سبب : أى البركة ، ومنهم من يقول كثير النزل بوزن قفل (قوله لا يجبر عليه) وكذا لا يجبر على إعطاء الصك القديم كما فى الخيرية عن جواهر الفتاوى : قال : نعم لو توقف

ولا على الإشهاد والخروج إليه إلا إذا جاءه بعدول وصك فليس له الامتناع من الإقرار :
شرى قطنا فغزلته امرأته فكله له .
المرأة إذا كفنت بلا إذن الورثة كفن مثله رجعت فى التركة ، ولو أكثر لا ترجع بشىء . قال رحمه الله تعالى :
ولو قبل ترجع بقيمة كفن المثل لا يبعد .
اكتسب حراما واشترى به أو بالدراهم المغصوبة شيئا . قال الكرخى : إن نقد قبل البيع تصدق بالربح وإلا لا وهذا قياس وقال أبو بكر كلاهما سواء ولا يطيب له وكذا لو اشترى ولم يقل بهذه الدراهم وأعطى من الدراهم دفع ماله مضاربة لرجل جاهل جاز أخذ ربحه مالم يعلم أنه اكتسب الحرام

إحياء الحق على عرضه ، كما لو غصب المبيع وامتنعت الشهود من الشهادة حتى يروا خطوطهم يجبر على عرضه كما أفتى به الفقيه أبو جعفر صيانة لحق المشترى اه (قوله ولا على الإشهاد والخروج إليه) أى إلى الإشهاد ، وهو عطف تفسير على الإشهاد لأنه ليس له الامتناع عن الإشهاد المجرد بقرينة ما بعده (قوله فليس له الامتناع من الإقرار) فإن لم يقر يرفعه إلى الحاكم فإن أقر بين يديه كتب سجلا وأشهد عليه ملتقط (قوله فغزلته امرأته) أى بإذنه أو بغير إذنه ملتقط (قوله المرأة إذا كفنت) أى إذا كفنت زوجها . وعبارة مجمع الفتاوى وغيرها : أحد الورثة إذا كفن الميت بماله الخ فالمرأة غير قيد ، نعم خرج الأجنبى فإنه لا يرجع كما فى التتارخانية أى إلا إذا كان وصيا (قوله ولو أكثر لا ترجع بشىء) علله فى البزازية بأن اختيار ذلك دليل التبرع وهذا إذا أنفق الوارث من ماله ليرجع وسيذكر المصنف فى باب الوصى أنه إذا زاد فى عدد الكفن ضمن الزيادة ، وإن زاد فى قيمته ضمن الكل أى لأنه صار مشتريا لنفسه فيضمن مال الميت ، وقد حررت هذه المسألة بما لا مزيد عليه فى تنقيح الحامدية من الوصايا (قوله قال رحمه الله) الضمير عائد إلى صاحب الملتقط ، فإن هذه الفروع كلها من الملتقط كما ذكره الشارح آخرها ، والعبارة كذلك مذكورة فيه على عادة المتقدمين فى كتبهم فافهم (قوله لا يبعد) لعل وجهه أنه لا يلزم من التكفين بأكثر من كفن المثل اختيار التبرع بالكل بل بالزائد .

مطلب إذا اكتسب حراما ثم اشترى فهو على خمسة أوجه

(قوله اكتسب حراما الخ) توضيح المسألة ما فى التتارخانية حيث قال : رجل اكتسب مالا من حرام ثم اشترى فهذا على خمسة أوجه : أما إن دفع تلك الدراهم إلى البائع أولا ثم اشترى منه بها أو اشترى قبل الدفع بها ودفعها ، أو اشترى قبل الدفع بها ودفع غيرها ، أو اشترى مطلقا ودفع تلك الدراهم ، أو اشترى بدراهم أخر ودفع تلك الدراهم . قال أبو نصر : يطيب له ولا يجب عليه أن يتصدق إلا فى الوجه الأول ، وإليه ذهب الفقيه أبو الليث ، لكن هذا خلاف ظاهر الرواية فإنه نص فى الجامع الصغير : إذا غصب ألفا فاشترى بها جارية وباعها بألفين تصدق بالربح :

وقال الكرخى : فى الوجه الأول والثانى لا يطيب ، وفى الثلاث الأخيرة يطيب : وقال أبو بكر : لا يطيب فى الكل ، لكن الفتوى الآن على قول الكرخى دفعا للحرج عن الناس اه .

وفى الولوالجية : وقال بعضهم : لا يطيب فى الوجوه كلها وهو المختار ، ولكن الفتوى اليوم على قول الكرخى دفعا للحرج لكثرة الحرام اه وعلى هذا مشى المصنف فى كتاب الغصب تبعا للدرر وغيرها (قوله قال الكرخى) صوابه : قال أبو نصر كما رأيته فى الملتقط : ولم أر فيه ذكر قول الكرخى أصلا (قوله جاز أخذ ربحه) لأن الظاهر أنه اكتسب من الحلال ولوالجية وظاهره أنه لا كراهة فيه ، وتقدم فى شركة المفاوضة أن

من رمى ثوبه لايجوز لأحد أخذه مالم يقل حين رمى ليأخذه من أراد ؛
باع الأب ضيعة طفله والأب مفسد فاسق لم يجز بيعه استحسانا ؛
شرت لطفلها على أن لاترجع عليه بالثمن جاز ، وهو كالهبة استحسانا :
قال الأسير اشترنى أو فكنى فشراه رجع بما أدى كأنه أقرضه ؛ ولو قال بألف فشراه بأكثر لم يلزمه الفضل لأنه تخليص لاشراء

أبا يوسف أجازها مع اختلاف الملة مع الكراهة ، وعلله الزيلعى هناك بأن الكافر لايهتدى إلى الجائز من العقود (قوله لايجوز لأحد أخذه الخ) ظاهره أنه لايجوز الإقدام على الأخذ مالم يسمع المالك قال ليأخذه من أراده وظاهره أنه يملكه بالأخذ إذا قال المالك ذلك وإلا لا ، وتقدم تمام الكلام على هذه المسألة فى باب الجناية على الإحرام من كتاب الحج (قوله والأب مفسد فاسق) احتراز عما إذا كان محمودا عند الناس أو مستور الحال فإنه حينئذ يصح بيعه عقار ابنه الصغير كما سيذكره فى باب الوصى (قوله لم يجز بيعه) نقضه بعد بلوغه هو المختار إلا إذا كان خيرا بأن باع بضعف القيمة وبيع منقوله يجوز فى رواية ويوضع ثمنه فى يد عدل لا فى رواية لولا خير بضعف قيمته ، وبه يفتى جامع الفصولين (قوله على أن لا ترجع عليه) قيد بذلك لما فى الأشباه شراء الأم لابنها الصغير مالا يحتاج إليه غير نافذ عليه إلا إذا اشترت من أبيه أو منه ومن أجنبى كما فى الولوالجية (قوله جاز وهو كالهبة) قال فى الخانية : تكون الأم مشترية لنفسها ثم يصير منها هبة لولدها الصغير وصلة ، وليس لها أن تمنع الضيعة عن ولدها الصغير اه ط (قوله رجع بما أدى) مخالف لما صححه فى النفقات حيث قال نقلا عن جامع الفصولين : الأسير ومن أخذه السلطان ليصادره لو قال لرجل خلصنى فدفع المأمور مالا فخلصه ، قيل يرجع وقيل لا فى الصحيح به يفتى اه لكن سيأتى فى الكفالة قبيل كفالة الرجلين تصحيح الأول ، ومثله فى البزازية والخانية ، وقدمنا فى النفقات تأييده ، فهما قولان مصححان . ثم رأيت الجزم بالأول فى شرح السير الكبير ، ولم يحك فيه خلافا فكان هو المذهب فافهم (قوله قال بألف الخ) عبارة الملتقط وقال شداد : إذا قال الأسير الحر اشترنى بألف درهم فاشتراه بأكثر منه جاز وعليه قدر الألف ، ولا يلزمه الفضل لأنه تخليص لاشراء ، بخلاف الوكيل بالشراء اه .

قلت بيانه أن الوكيل بالشراء لو شرى بأكثر مما عينه الموكل وقع الشراء له ، ولا يلزم الموكل شىء من الثمن لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشترى لزم فيلزمه جمع الثمن ولا يلزم الآمر شىء ، وهنا لزم الآمر قدر ماعينه لأنه هنا تخليص لاشراء حقيقة ، ووقع فى جامع الفصولين خلاف هذا فإنه قال أسير أمره أن يفديه بألف ففداه بألفين يرجع بألفين عليه ، وليس كوكيل بشراء إذ لاعقد هنا ؛ وإنما أمره أن يخلصه فصار كمن أمره أن ينفق عليه ألفا فأنفق عليه ألفين اه .

أقول : ويظهر لى أن قوله يرجع بألفين سبق قلم ؛ وصوابه بألف بدليل التعليل والتنظير ، فإن المأمور بانفاق ألف لاشك أنه لا يرجع بأكثر من ألف ، ثم راجعت السير الكبير للسرخسى فرأيت فيه مثل ما قدمناه عن الملتقط وقال إنما يرجع عليه بالألف خاصة لأن الرجوع بحكم الاستقراض وذلك فى الألف خاصة ، وهذا بخلاف الشراء الخ فهذا صريح فيما قلنا ، ولله الحمد فافهم .

شرى دارا ودبغ وتأذى جيرانه ، إن على الدوام يمنع ، وعلى الندرة يتحمل منه .
شرى لحما على أنه لحم غنم فوجده لحم معز له الرد .
قال زن لى من هذا اللحم ثلاثة أرطال فوزن له أخيره ومن هذا الخبز فوزن لم يخير :
شرى بذرا خريفيا فإذا هو ربيعى ، أو شرى بذر البطيخ فإذا هو بذر القثاء، إن قائما رده ، وإن مستهلكا فعليه مثله :

مطلب دبغ فى داره وتأذى الجيران

(قوله وتأذى جيرانه) قال فى جامع الفصولين : القياس فى جنس هذه المسائل أن من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع ولو أضر بغيره ، لكن ترك القياس فى محل يضر بغيره ضررا بينا ، وقيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى اه وفيه أراد أن يبنى فى داره تنورا للخبز دائما أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضررا فاحشا . وفيه : لو اتخذ داره حماما ويتأذى الجيران من دخانها فلهم منعه إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران اه . وانظر ما لو كانت دارا قديمة بهذا الوصف هل للجيران الحادثين أن يغيروا القديم عما كان عليه ؟ ط :

مطلب الضرر البين يزال ولو قديما

قلت : الضرر البين يزال ولو قديما كما أفتى به العلامة المهمندارى ، ومثله فى حاشية البحر للخير الرملى من كتاب القضاء كما فى كتاب الحيطان من الحامدية (قوله على أنه لحم غنم) الغنم اسم جنس يطلق على الضأن والمعز مصباح ، والمراد هنا الضأن بحكم العرف (قوله له الرد) أى لاختلاف الرغبة وإن كانا فى باب الربا جنسا واحدا تأمل ، قال فى الملتقط : وكذلك إذا اشترى على أنه لحم موجوءة فوجده لحم فحل (قوله قال زن لى الخ) فى المجرد عن أبى حنيفة . قال : للحام كيف تبيع اللحم ؟ فقال كل ثلاثة أرطال بدرهم فقال أخذت منك زن لى فله أن لا يزن ، وإن وزن فلكل واحد منهما أن يرجع ، فإن قبض المشترى أو جعل البائع فى وعاء المشترى بأمره فقد تم البيع وعليه درهم . قال محمد : قال لقصاب زن لى من هذا اللحم كذا بكذا فوزن فله الخيار ولو قال زن لى من هذا الجنب كذا بكذا أو قال زن لى ما عندك من اللحم بحساب كذا فوزنه جاز ولا خيار له . وعن أبى يوسف مثله حاوى الزاهدى .

قلت : ولعل وجه قول الإمام إن هذا بيع بالتعاطى فلا يتم قبل قبض المبيع ، وعلى قول محمد يتم بالوزن إن عين الوضع أو كان العقد على الكل تأمل (قوله لم يخير) لعل وجهه أن الخبز المشترى منه لا يختلف ، بخلاف اللحم فإن لحم الرقبة أو الفخذ أحسن من لحم الخاصرة مثلا فيثبت له الخيار بعد الوزن، إلا إذا شرى الكل أو عين الموضع كهذا الجنب فيتم البيع بالوزن كما علمت تأمل .

مطلب شرى بذر بطيخ فوجده بذر قثاء

(قوله إن قائما رده الخ) أى لاختلاف الجنس فبطل البيع ، ولو اختلف النوع لا يرجع بثمنه جامع الفصولين : وفيه : شرى على أنه بذر بطيخ شتوى فزرعه فوجده صيفيا بطل البيع فيأخذ المشترى ثمنه وعليه مثل ذلك البذر اه .

ساوم صاحب الزجاج فدفع له قدحا ينظره فوقع منه على أقداح فانكسروا ضمن الأقداح لا القدح . شرى شجرة بأصلها وفى قلعها من الأصل ضرر بالبائع يقطعه من وجه الأرض من حيث لايتضرر به البائع ، ولو انهدم من سقوطه حائط ضمن القالع ماتولد من قلعه .

دفع دراهم زيوفا فكسرها المشترى لاشىء عليه ، ولعم ماصنع حيث غشه وخانه ، وكذا لو دفع إليه لينظر إليه فكسره : ولا بأس ببيع المغشوش إذا بين غشه أو كان ظاهرا يرى ، وكذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى حنطة خلط بها الشعير والشعير يرى لابأس ببيعه ، وإن طحنه لايبيع . وقال الثانى فى رجل معه فضة نحاس : لايبيعها حتى يبين ، وكل شىء لايجوز فإنه ينبغى أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه :

قلت : ومقتضاه أنه من اختلاف الجنس ، كما لو وجده بذر قثاء . والذى يظهر أنه من اختلاف النوع ، ويؤيده ما ذكره فيه أيضا : لو شرى بذرا على أنه بذر بطيخ كذا فظهر على صفة أخرى جاز البيع لاتحاد الجنس من حيث إنه بطيخ ، واختلاف الصفة لايفسد العقد ولا يرجع بنقص العيب عند أبى حنيفة اه أى لأنه ظهر عيبه بعد استهلاكه . وذكر فيه قوله : شرى برا على أنه ربيعى فزرعه فظهر أنه خريفى اختار المشايخ أنه يرجع بنقص العيب ، وهو قولهما بناء على ما إذا شرى طعاما فأكله فظهر عيبه ، وقدمر أن الفتوى على قولهما اه :

والحاصل أنه إذا ظهر خلاف الجنس كبذر البطيخ وبذر القثاء بطل البيع فيرده لو قائما ويرد مثله لو هالكا ويرجع بالثمن ، ولو ظهر خلاف الوصف كالربيعى والخريفى صح البيع فيرده لو قائما ، ولا يرجع بشىء لو هالكا عند الإمام . وعندهما يرجع بنقصانه ، وبه يفتى : وبقى ما لو زرعه فلم ينبت ففى الخيرية ليس له الرجوع بالثمن ولا بالنقص لأنه قد استهلك المبيع ، ولا رجوع بعد الإتلاف كما صرح به ظهير الدين فى حب القطن ، وقيل يرجع بنقصانه إن ثبت عدم نباته لعيب به ، وإلا لا بالاتفاق لاحتمال أن عدم نباته لرداءة حرثه أو لجفاف أرضه لأمر آخر اه .

قلت : الظاهر أن ما نقله عن ظهير الدين مبنى على قول الإمام ، وقوله وقيل يرجع مبنى على قولهما المفتى به كما علمت (قوله فانكسروا) فى بعض النسخ فانكسرت وهى الأولى لأن الواو لجماعة العقلاء (قوله ضمن الأقداح لا القدح) لأن القدح قبضه على سوم الشراء بلا بيان الثمن والأقداح انكسرت بفعله فيضمنها بين الثمن أولا كما فى الخانية (قوله بأصلها) هو المدفون فى الأرض المسمى شرشا .

مطلب شرى شجرة وفى قلعها ضرر

(قوله يقطعه من وجه الأرض) عبارة الملتقط يقطعها . وفيه أيضا إذا اشترى أشجارا من وجه الأرض وفى قطعها بالصيف ضرر فللبائع أن يدفع إليه قيمتها وهى قائمة إلا أن يتراضيا على تركها إلى وقت لا ضرر فى قطعها . وفيه أيضا : لو باع شجرة ، إن بين موضع قطعها من وجه الأرض فعلى ذلك ، وإن بين بأصلها فعلى قرارها من الأرض ، وإن لم يبين له أن يقطع من أصلها إلا أن تقوم دلالة اه (قوله فكسرها المشترى) كذا رأيته فى الملتقط وكأنه مصور فى الصرف وإلا فالمناسب فكسرها البائع . ورأيت فيه تقييد الزيوف بالنبهرجة ، ويدل له ما نقله بعض المحشين عن الخانية : لو أن المشترى دفع إلى البائع دراهم صحاحا فكسرها البائع فوجدها نبهرجة كان له أن يردها على المشترى ، ولا يضمن بالكسر لأن الصحاح والمكسرة فيه سواء اه (قوله وإن طحنه لايبيع) أى إلا أن يبين لأنه لايرى (قوله وقال الثانى الخ) وقال أيضا لا بأس أن يشترى بستوقة إذا بين وأرى للسلطان أن

شرى فلوسا بدرهم فدفعها إليه وقال هى بدرهمك لاينفقها حتى يعدها .

شرى بالدرهم الزيف ورضى بأقل مما يشترى بالجيد حل له :

شرى ثيابا ببغداد على أن يوفى ثمنه بسمرقندلم يجز لجهالة الأجل .

باع نصف أرضه بشرط خراج كلها على المشترى فهو فاسد :

أخذ الخراج من الأكار له أن يرجع على الدهقان استحسانا :

شرى الكرم مع الغلة وقبضه ، إن رضى الأكار جاز البيع وله حصته من الثمن ، وإن لم يرض لم يجز بيعه :

قضاه درهما وقال أنفقه ، فإن جاز وإلا فرده علىّ فقبله ولم ينفقه له رده استحسانا ، بخلاف جارية وجدبها عيبا فقال أعرضها أو بعها ، فإن نفقت وإلاردها فعرضها على البيع سقط الرد .

أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إذا وطىء رجل أمته ثم زوّجها مكانه فللزوج وطؤها بلا استبراء : وقال أبو يوسف أستقبح ، ولا يقربها حتى تحيض حيضة ، كما لو اشتراها كما سيجىء فى الحظر ، والكل من الملتقط :

بكسرها لعلها تقع فى أيدى من لا يبين . وروى بشر فى الإملاء عنه : أكره للرجل أن يعطى الزيوف والنبهرجة والستوقة وإن بين ذلك ، وتجوز بها عند الأخذ من قبل أن إنفاقها ضرر على العوام ، وما كان ضررا عاما فهو مكروه خوفا من الوقوع فى أيدى المدلسة على الجاهل به ومن التاجر الذى لايتحرج اه ملخصا من الهندية (قوله لا ينفقها حتى يعدها) لاحتمال أن يظهر الدرهم معيبا وقد أنفق الفلوس أو بعضها فيلزم الجهالة فى المنفق . والظاهر أن محله إذا أخذها عددا لاوزنا ، وهل ذلك يجرى فى صرف الذهب بالفضة يحرر ط تأمل (قوله ثمنه) الضمير راجع للمشترى : أى الثمن الواجب عليه أو للثياب باعتبار كونها مبيعا (قوله لجهالة الأجل) لأنه لم يعلم بذلك وقت الدفع ، نعم لو قال إلى شهر على أن يؤديه بسمر قند جاز ، ويبطل الشرط كما قدمناه أول البيوع (قوله فهو فاسد) لأن فيه نفعا للبائع ولايقتضيه العقد (قوله من الأكار) أى المزارع (قوله يرجع على الدهقان) أى صاحب الأرض . وفى هذه المسألة كلام سيأتى إن شاء الله تعالى قبيل باب كفالة الرجلين (قوله إن رضى الأكار جاز) أى إذا دفع صاحب الكرم كرمه إلى أكار مساقاة بالربع مثلا وعمل الأكار حتى صار له حصة فى الثمر يتوقف بيع الثمر على رضا الأكار لأن له فيه حصة ، فإن أجاز البيع يقسم الثمن على قيمة الأرض وقيمة الثمر فيأخذ الأكار قدر حصته من ثمن الثمر وأما لو دفع أرضه مزارعة على أن يكون البذر من العامل فباع الأرض توقف بيع الأرض على إجازة المزارع لأنه صار بمنزلة مستأجر الأرض كما مر فى باب الفضولى ، ولا يخفى أن هذه مسألة أخرى فافهم (قوله فقبله ولم ينفقه) الأوضح فعرضه على البيع ولم ينفقه ط (قوله بخلاف جارية الخ) الفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض بل هو من جنس حقه لو تجوز به جاز وصار عين حقه ، فإذا لم يتجوز بقى على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف ، فهو فى الابتداء تصرف للدافع وفى الانتهاء لنفسه ، بخلاف التصرف فى العين لأنها ملكه فتصرفه لنفسه فبطل خياره ط عن البحر ، وقدمنا تمام الكلام على هذه المسألة فى خيار العيب عند قول المصنف باع ما اشتراه فرد عليه بعيب الخ فراجعه (قوله قال أبو حنيفة الخ) لا مناسبة لهذه المسألة هنا ، وقدمنا الكلام عليها مستوفى فى فصل محرمات النكاح ، والله سبحانه أعلم .

مايبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به

ههنا أصلان : أحدهما أن كل ماكان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد كالبيع

مايبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به

لم يترجم له بفصل ولا باب لدخوله فى باب المتفرقات ؛ وما اسم موصول مبتدأ خبره قوله البيع الخ ، وتقدم فى باب البيع الفاسد بيان الشرط الفاسد . والتعليق : ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ، وتقدم الكلام عليه فى كتاب الطلاق ، ومثال الشرط الفاسد بعتك بشرط كذا ، ومثال التعليق بعتك إن رضى فلان . وفى حاشية الأشباه للحموى عن قواعد الزركشى : الفرق بين التعليق والشرط أن التعليق داخل فى أصل الفعل بإن ونحوها ، والشرط ماجزم فيه بأصل الفعل : أو يقال التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بإن أو إحدى أخواتها ، والشرط التزام لم يوجد فى أمر لم يوجد بصيغة مخصوصة اه (قوله ههنا أصلان الخ) الذى تحصل من هذين الأصلين أن ماكان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد ، ويبطل تعليقه أيضا لدخوله فى التمليكات لأنها أعم ، وما ليس مبادلة مال بمال إن كان من التمليكات أو التقييدات يبطل تعليقه بالشرط فقط وإن لم يكن منهما فإن كان من الإسقاطات والالتزامات التى يحلف بها يصح تعليقه بالملائم وغيره ؛ وإن كان من الإطلاقات والولايات والتحريرات يصح بالملائم فقط ، وبه يظهر أن قول المصنف ولا يصح تعليقه به معطوف على مايبطل عطف تفسير ، فالمراد بالشرط التعليق به ؛ ويحتمل أن يكون قاعدة ثانية معطوفة على الأولى على تقدير ما أخرى : أى وما لايصح تعليقه به كما فى قوله تعالى ـ وما أنزل إلينا ـ وماأنزل إليكم ـ أى وما أنزل إليكم فيكون مافى المتن قاعدتين الأولى مايبطل بالشرط والثانية مالايصح تعليقه به وبدون هذا التقدير يكون قاعدة واحدة أريد بها مااجتمع فيه الأمران ، وذلك خاص بالتمليكات التى هى مبادلة مال بمال فإنها تبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها به ، وذلك غير مراد لأن المصنف عد من ذلك الرجعة والإبراء وعزل الوكيل والاعتكاف والإقرار والوقف والتحكيم وليس فى شىء من ذلك تمليك مال بمال مع أن السبعة المذكورة لاتبطل بالشرط الفاسد ، فتعين أن يكون ماذكره المصنف قاعدة واحدة هى مالايصح تعليقه بالشرط والعطف للتفسير كما قلنا ، فإن جميع ماذكره المصنف يبطل تعليقه بالشرط ، أو قاعدتين كما دل عليه ذكر الأصلين المذكورين . وعليه فما ذكره المصنف منه ماهو داخل تحتهما معا ، ومنه ماهو داخل تحت الثانية فقط ، ويدل عليه أيضا مافى الزيلعى حيث قال بعد ذكر مالايبطل بالشرط الفاسد : ثم الشيخ ذكر هنا مايبطل بالشروط الفاسدة وما لايبطل بها وما لايصح تعليقه بالشرط ولم يذكر مايجوز تعليقه بالشرط الخ .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن ههنا أربعة قواعد الأولى مايبطل بالشرط الفاسد : الثانية مالايصح تعليقه بالشرط وهاتان المذكورتان هنا . والثالثة عكس الأولى وهى ماياتى فى قول المصنف وما لايبطل بالشرط الفاسد الخ : والرابعة عكس الثانية ، وهى المذكورة فى قول الشارح وبقى مايجوز تعليقه الخ : والأولى داخلة تحت الثانية لأن كل مابطل بالشرط الفاسد لايصح تعليقه به ولا عكس ؛ فالفروع التى ذكرها المصنف كلها داخلة تحت الثانية وبعضها تحت الأولى لخروج الرجعة والإبراء ونحوهما كما ذكرناه ، وما خرج عنها دخل تحت الثالثة ؛ والرابعة داخلة تحت الثالثة لأن كل ماجاز تعليقه لايبطله الشرط الفاسد ولا عكس كما ستعرفه :

ثم اعلم أن قوله لايصح تعليقه ليس المراد به بطلان نفس التعليق مع صحة المعلق لأن ما كان من التمليكات

ومالا فلا كالقرض ، ثانيهما أن كل ماكان من التمليكات أو التقييدات كرجعة يبطل تعليقه بالشرط والأصح ، لكن فى السقاطات والتزامات يحلف بهما كحج وطلاق يصح مطلقا وفى إطلاقات وولايات وتحريضات بالملائم بزازية ، فالأول

يفسد بالتعليق ، بل المراد أنه لايقبل التعليق بمعنى أنه يفسد به ، فاغتنم تحرير هذا المقام فانه به يندفع كثير من الأوهام كما يظهر لك فى تقدير الكلام (قوله ومالا فلا) أى وما لايكون مبادلة مال بمال بأن كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والطلاق والخلع على مال ونحوها أو كان من التبرعات كالهبة والوصية لايفسد بالشرط الفاسد ، وقوله كالقرض هو تبرع ابتداء مبادلة انتهاء فيصلح مثالا للشيئين ، وإنما لم يفسد ذلك لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو فى المعاوضات المالية لاغير ، لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة كما مر هى زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيها فضل خال عن العوض وهو الربا ،ولا يتصور ذلك فى المعاوضات الغير المالية ولا فى التبرعات بل يفسد الشرط ويصح التصرف ، وتمامه فى الزيلعى (قوله من التمليكات) كبيع وإجارة واستئجار وهبة وصدقة ونكاح وإقرار وإبراء كما فى جامع الفصولين فهو أعم مماقبله (قوله أوالتقييدات) كرجعة وكعزل الوكيل وحجر العبد كما فى الفصولين ؛ وذلك أن فى الوكالة والإذن للعبد إطلاقا عما كانا ممنوعين عنه من التصرف فى مال الموكل والمولى ، وفى العزل والحجر تقييد لذلك الإطلاق ، وكذا فى الرجعة تقييد للمرأة عما أطلق لها بالطلاق من حقوق الزوجية (قوله يبطل تعليقه بالشرط) أى المحض كما فى البحر وغيره ، والظاهر أنه احتراز عن التعليق بشرط كائن فإنه تنجيز كما فى جامع الفصولين . قال : ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق إن كان السماء فوقنا والأرض تحتنا تطلق للحال ، ولو علق البراءة بشرط كائن يصح ،ولو قال للخاطب زوجت بنتى من فلان فكذبه فقال إن لم أكن زوجتها منه فقد زوجتها منك فقبل الخاطب وظهر كذب الأب انعقد (قوله والأصح) أى أن لايكن من التمليكات والتقييدات بأن كان من الإسقاطات المحضة أو الالتزامات أو الإطلاقات أو الولايات أو التحريضات صح التعليق (قوله لكن فى إسقاطات) أى محضة كالطلاق والعتاق بحر ، احترازا عن الإبراء فإنه وإن كان إسقاطا لكنه تمليك من وجه كما يأتى فهو من التمليكات (قوله يحلف بهما) الضمير المثنى عائد إلى إسقاطات والتزامات ، وقوله كحج وطلاق لف ونشر مشوش ، وقوله مطلقا : أى بشرط ملائم ، أو غير ملائم ، ولم يظهر من كلامه حكم مالايحلف به من النوعين ولا أمثلته ، ولم أر من ذكر ذلك . ويظهر لى أنه كالتمليكات يبطل تعليقه . وإن من الأول تسليم الشفعة إذا علق بشرط غير كائن فإنه فاسد . ويبقى على شفعته كما سنوضحه ؛ ومن الثانى ماإذا التزم مالايلزمه شرعا ، كما لو استأذن جاره لهدم جدار مشترك بينهما فأذن بشرط منع الضرر عنه بنصب خشبات ولم يفعل حتى انهدم منزل الجار لايضمن لأنه ليس عليه حفظ دار شريكه كما فى الولوالجية ففيه التزام الحفظ كأنه قال اهدم الجدار بشرط نصب الخشبات فلا يصح تأمل (قوله وفى إطلاقات) كالإذن بالتجارة وولايات كالقضاء والإمارة وتحريضات نحو من قتل قتيلا فله سلبه اه ح (قوله بالملائم) أى يصح تعليقها بالشرط الملائم ، وفسره فى الخلاصة بما يؤكد موجب العقد اه مثل إن وصلت إلى بلدة كذا فقد وليتك قضاءها أو إمارتها أو إن قتلت قتيلا فلك سلبه ، بخلاف نحو إن هبت الريح (قوله فالأول الخ) قد علمت أن حاصل الأصلين المذكورين فى الشرح أن من المسائل مايفسد بالشرط الفاسد ، ومالا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ، ومايصح بالشرط ومايصح تعليقه به ، فهى أربعة الفاسد منها قسمان والصحيح قسمان ، فقوله فالأول أربعة عشر أراد به الفاسد منها بقسميه ، وهو الذى عبر عنه المصنف بقوله مايبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه . وأما ما يصح

أربعة عشر على مافى الدرر والكنز وإجارة الوقاية (البيع) إن علقه بكلمة إن لابعلى على مابينا فى البيع الفاسد (والقسمة) للمثلى ، أما قسمة القيمى فتصح بخيار شرط ورؤية

فسيذكر المصنف القسم الأول منه بقوله ومالايبطل بالشرط الفاسد ، وذكر الشارح بعده القسم الآخر بقوله وبقى مايجوز تعليقه بالشرط كما نبهنا عليه أولا ، وحينئذ فلا حاجة إلى أن يراد بالأول فالأصل الأول من الأصلين حتى يرد عليه أن الصور التى ذكرها المصنف ليست كلها مبادلة مال بمال بل بعضها فافهم (قوله على مافى الدرر الخ) أى كونها أربعة عشر مبنى على ماذكر فى هذه الكتب ، وأشار به إلى أنها تزيد على ذلك كما نبه عليه الشارح بعد ويأتى تمامه . ثم إن المذكور فى إجارة الوقاية مايصح مضافا وهو ما سيأتى آخرا وليس الكلام فيه كما لايخفى (قوله البيع) صورة البيع بالشرط قوله بعته بشرط استخدامه شهرا وتعليقه بالشرط كقوله بعته إن كان زيد حاضرا ، وفى إطلاق البطلان على البيع بشرط تسامح لأنه من قبيل الفاسد لا الباطل ، وإليه يشير قوله وقد مر فى البيع الفاسد شرنبلالية (قوله إن علقه بكلمة إن) إلا فى صورة واحدة وهى أن يقول بعت منك هذا إن رضى فلان فإنه يجوز إن وقته بثلاثة أيام لأنه اشتراط الخيار إلى أجنبى وهو جائز بحر ، لكن فيه أن الكلام فى الشرط الفاسد وهذا شرط صحيح تأمل (قوله على مابينا فى البيع الفاسد) أى من أنه إن كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أوفيه أثر أو جرى التعامل به كشرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار أو حذاء النعل لايفسد ويصح الشرط وإن لم يكن كذلك ، فإن كان فيه منفعة لأهل الاستحقاق فسد وإلا فلا اه وقول العاقد بشرط كذا بمنزلة على ولابد بأن لايقرن الشرط بالواو وإلا جاز ويحمل مشاورة وأن يكون فى صلب العقد ؛ حتى لو ألحقاه به لم يلتحق فى أصح الروايتين مكى .

وفى الذخيرة : اشترى حطبا فى قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط فى الشراء احمله إلى منزلى لايفسد ، أو استأجر أرضا للزراعة ثم قال بعد تمامها إن الجرف على المستأجر لاتفسد لأنه كلام مبتدأ اه ط وتقدم آخر باب خيار الشرط أن البيع لايفسد بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا ذكرها فى الأشباه وأوضحناها هناك (قوله والقسمة) من صور فسادها بالشرط ما إذا اقتسم الشريكان على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض ، أو على أن يشترى أحدهما من الآخر داره بألف ، أو على شرط هبة أو صدقة أما لو اقتسما على أن يزيده شيئا معلوما فهو جائز كالبيع ، وكذا على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة بحر عن الولوالجية . وقال أيضا : وصورة تعليقها أن يقتسموا دارا وشرطوا رضا فلان لأن القسمة فيها معنى المبادلة فهى كالبيع عينى ، ومر جواز تعليق البيع برضا فلان على أنه شرط خيار إذا وقته ، ولكن فى الولوالجية : خيار الشرط والرؤية يثبت فى قسمة لايجبر الآبى عليها وهى قسمة الأجناس المختلفة ، لا فيما يجبر عليها كالمثلى من جنس واحد بحر ملخصا :

وحاصله أن تعليق القسمة على رضا فلان غير موقت لايصح مطلقا وموقتا يصح فى الجنس الواحد على أنه خيار شرط لأجنبى كما يصح فى البيع ، فكلام العينى محمول على غير الموقت أو على الأجناس المختلفة :

ثم اعلم أن القسمة التى يجبر الآبى عليها لاتختص بالمثلى لأنها تكون فى العروض المتحد جنسها إلا الرقيق والجواهر فلا يجبر عليها كقسمة الأجناس بعضها فى بعض وكدور مشتركة أو دار وضيعة فيقسم كل منها وحده لا بعضها فى بعض إلا بالتراضى كما سيأتى فى بابها (قوله أما قسمة القيمى الخ) أفاد أن قسمة المثلى لاتصح بالشرط مطلقا ، أما قسمة القيمى فتصح إن علقت بخيار شرط أو رؤية وإلا فلا ، لكن علمت أن الافتراق بين الجبر وعدمه لا بين المثلى والقيمى فافهم : وأيضا فالكلام فى الشرط الفاسد كما مر ، وشرط الخيار ليس شرطا فاسدا فلا حاجة

(والإجارة) إلا فى قوله إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك دارى بكذا فيصح به يفتى عمادية ، وقوله لغاصب داره فرغها وإلا فأجرتها كل شهر بكذا جاز كما سيجيء فى متفرقات الإجارة مع أنه تعليق بعدم التفريغ (والإجازة) بالزاى ، فقول البكر أجزت النكاح إن رضيت أمى مبطل للإجازة بزازية ، وكذا كل ما لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق إجازته بالشرط بحر ، فقصرها على البيع قصور كما وقع فى المنح (والرجعة) قال المصنف : إنما ذكرتها تبعا للكنز وغيره . قال شيخنا فى بحره وهو خطأ والصواب أنها لا تبطل بالشرط اعتبارا لها بأصلها وهو النكاح وأطال الكلام ،

إلى التنبيه على صحته تأمل (قوله والإجارة) أى كأن آجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدى إليه أو إن قدم زيد عبنى ، ومن ذلك استأجر حانوتا بكذا على أن يعمره ويحسب ما أنفقه من الأجرة فعليه أجر المثل وله ما أنفق وأجر مثل قيامه عليه ، وتمامه فى البحر ؛ وبه علم أنها تفسد بالشرط الفاسد وبالتعليق لأنها تمليك المنفعة والأجرة (قوله فيصح به يفتى) لعل وجهه أنه وقت يجيء لا محالة فلم يكن تعليقا بخطر ، أو هو إضافة لا تعليق والإجارة تقبل الإضافة كما سيأتى ، وعليه فلا حاجة إلى الاستثناء (قوله مع أنه تعليق بعدم التفريغ) ولعل وجه صحته أنه لما كان التفريغ واجبا على الغاصب فى الحال فإذا لم يفرغ صار راضيا بالإجارة فى الحال كأنه علقه على القبول فقبل تأمل (قوله فقول البكر الخ) الأولى إبدال البكر بالبالغة كما هو فى عبارة البزازية (قوله وكذا كل ما لا يصح تعليقه بالشرط) وهو التمليكات والتقييدات كما مر ، وهذا التعميم أخذه فى البحر من إطلاق عبارة الكنز لفظ الإجازة ، واستشهد له بما مر عن البزازية ، وأقره فى النهر . واعترضه الحموى بما فى القنية قال باعنى فلان عبدك بكذا فقال إن كان كذا فقد أجزته أو فهو جائز جاز إن كان بكذا أو بأكثر من ذلك النوع ؛ ولو أجاز بثمن آخر يبطل اه :

قلت : قد يجاب بأن هذا تعليق بكائن فلم يكن شرطا محضا ، كما لو قال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك كما قدمناه تأمل (قوله فقصرها على البيع قصور) تعريض بما يفيده كلام العينى حيث صور الإجازة بقوله بأن باع فضولى عبده فقال أجزته بشرط أن تقرضنى أو تهدى إلىّ أو علق إجازته بشرط لأنها بيع معنى اه ومثله قول الدرر والبيع وإجازته : وقال ح : ينبغى أن يراد بالإجازة إجازة عقد هو مبادلة مال بمال لأن كلامه فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط وذلك خاص بالمعاوضات المالية ، وما ذكره عن البزازية من إجازة النكاح صحيح فى نفسه ، لكنه لا يلائم المتن لأن إجازة النكاح مثله فلا تبطل بالشرط الفاسد وإن لم يصح تعليقها به اه ملخصا :

قلت : قد علمت مما قررناه سابقا أن ما ذكره المصنف قاعدتان لا واحدة ، والفروع التى ذكرها المصنف بعضها مفرع على القاعدتين وبعضها على واحدة منهما ، فمثل إجازة النكاح مفرّعة على الثانية فقط ، ومثل إجازة البيع مفرعة على كل منهما ، وكأن من اقتصر على تصوير الإجازة بالبيع قصد بيان ما تفرع على القاعدتين فافهم (قوله قال شيخنا فى بحره) من كلام المصنف فى المنح (قوله وأطال الكلام الخ) حاصله أن ما ذكره فى الكنز لم ينفرد به بل قاله جماعة غيره ، ويدل على بطلانه أن المذكور فى كافى الحاكم وغيره أن تعليق الرجعة بالشرط باطل ولم يذكروا أنها تبطل بالشرط الفاسد ، وكيف تبطل به مع أن أصلها وهو النكاح لا يبطل به ؟ وصرح فى البدائع بأنها تصح مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح . وفى كتب الأصول من بحث الهزل أن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة ، وما لا يصح معه تبطله اه :

لـكن تعقبه فى النهر وفرق بأنها لاتفتقر لشهود ومهر ، وله رجعة أمة على جرة لـكحها بعد طلاقها وتبطل بالشرط ، بخلاف النكاح (والصلح عن مال) بمال درر وغيرها . وفى النهر الظاهر الإطلاق ، حتى لو كان عن سكوت أو إنـكار كان فداء فى حق المنكر ولا يجوز تعليقه (والإبراء عن الدين) لأنه تمليك من وجه

قلت : وقد مر أيضا فى الأصل الأول أن ماليس مبادلة مال بمال لايفسد بالشرط الفاسد، ولا يخفى أن الرجعة كذلك . والجواب عما قاله فى البحر أنه مبنى على أن قولهم مايبطل بالشرط الفاسد ولايصح تعليقه به قاعدة واحدة والفروع المذكورة بعدها مفرعة عليها وذلك غير صحيح بل هما قاعدتان كما قررناه ، والرجعة مفرعة على الثانية منهما فقط فلا بطلان فى كلامهم بعد فهم مرامهم ، فافهم (قوله لـكن تعقبه فى النهر) حيث قال : وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط الفاسد لم يبق الشأن إلا فى السبب الداعى للتفرقة بينها وبين النكاح ، ثم ذكر الفرق المذكور فى الشرح . واعترضه ح بأنه لايلزم من مخالفتها النـكاح فى أحكام أن تخالفه فى هذا الحكم اهـ .

قلت : وأيضا فقوله وتبطل بالشرط هو محل النزاع ، فالصواب ذكره بالفاء لا بالواو على أنك قد سمعت الجواب الحاسم لمادة الإشكال .

[تنبيه] علل فى الخلاصة لعدم صحة تعليق الرجعة بالشرط بأنه إنما يحتمل التعليق بالشرط مايجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة اهـ . واعترضه فى نور العين بأن عدم التحليف فى الرجعة قول الإمام ، والمفتى به قولهما أنه يحلف وعليه فينبغى أن يصح تعليقها بالشرط اهـ .

قلت : اشتبه عليه الأمر ، فإن قول الخلاصة لايحلف بالرجعة بتخفيف اللام بمعنى أنه لايقال إن فعلت كذا فعلى أن أراجع زوجتى كما يقال فعلى حج أو عمرة أو غيرهما مما يحلف به وكأنه ظنه يحلف بتشديد اللام وجعل الباء للسببية : أى إذا أنـكر الرجعة لايحلفه القاضى عليها كبقية المسائل الستة التى لا يحلف عليها المنـكر عنده وعندهما يحلف ، ولايخفى أن هذا من بعض الظن فاجتنبه (قوله والصلح عن مال بمال) كصالحتك على أن تسكننى فى الدار سنة أو إن قدم زيد ، لأنه معاوضة مال بمال فيكون بيعا عينى : وفى صلح الزيلعى إنما يكون بيعا إذا كان البدل خلاف جنس المدعى به ، فلو على جنسه ، فإن بأقل منه فهو حط وإبراء ، وإن بمثله فقبض واستيفاء ، وإن بأكثر فهو فضل وربا (قوله وفى النهر الظاهر الإطلاق) أى عدم التقييد بكونه بيعا فيشمل ما إذا كان على جنس المدعى بصوره الثلاث المذكورة آنفا ، لـكن الأولى منها داخلة فى الإبراء الآتى ، والثالثة فاسدة بدون الشرط والتعليق لـكونها ربا ، وأما الثانية فيظهر عدم فسادها مطلقا تأمل ، ويحتمل أن يراد بالإطلاق عدم التقييد بكونه عن إقرار بقرينة التفريع ، وماقيل من أن الحق التقييد لأن الـكلام فيما يبطل بالشرط الفاسد وهو المعاوضات المالية والصلح عن سكوت أو إنـكار ليس منها ، فجوابه ماعلمته من أن المفروع عليه قاعدتان لا واحدة فما لم يصلح فرعا للأولى يكون فرعا للثانية ولذا اقتصر الشارح على قوله ولا يجوز تعليقه فافهم (قوله والإبراء عن الدين) بأن قال أبرأتك عن دينى على أن تخدمنى شهرا أو إن قدم فلان عينى . وفى العزمية عن إيضاح الـكرمانى بأن قال أبرأت ذمتك بشرط أن لى الخيار فى رد الإبراء وتصحيحه فى أى وقت شئت ، أو قال إن دخلت الدار فقد أبرأتك أو قال لمديونه أو كفيله إذا أديت إلى كذا أو متى أديت أو إن أديت إلى خمسمائة فأنت برىء عن الباقى فهو باطل ولا إبراء اهـ وذكر فى البحر صحة الإبراء عن الـكفالة إذا علقه بشرط ملائم كإن وافيت به غدا فأنت برىء فوافاه به برىء من المال ، وهو قول البعض . وفى الفتح أنه الأوجه لأنه إسقاط لا تمليك بحر وسيأتى تمام الـكلام عليه فى بابها (قوله لأنه تمليك من وجه) حتى يرتد بالرد وإن كان فيه معنى الإسقاط فيكون معتبرا

إلا إذا كان الشرط متعارفا أو علقه بأمر كائن كإن أعطيته شريكى فقد أبرأتك وقد أعطاه صح وكذا بموته ويكون وصية ولو لوارثه

بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط بحر عن العيني . وفيه أن الإبراء عن الدين ليس من مبادلة المال بالمال ، فينبغي أن لا يبطل بالشرط الفاسد ، وكونه معتبرا بالتمليكات لايدل إلا على بطلان تعليقه بالشرط والذلك فرعه عليه ، وعلى هذا فينبغي أن يذكر فى القسم الآتى ، هذا ماظهرلى فتأمله ح وهكذا قال فى البحر إن الإبراء يصح تقييده بالشرط ، وعليه فروع كثيرة مذكورة فى آخر كتاب الصلح ، وذكر الزيلعى (١) : هناك أن الإبراء يصح تقييده لاتعليقه اه وأوضحناه فيما علقناه على البحر ، لكن لابد أن يكون الشرط متعارفا كما يأتى :

والحاصل أن الإبراء مفرع على القاعدة الثانية فقط فلذا ذكره هنا فافهم : ومن فروعه ما فى البحر عن المبسوط : لو قال للخصم إن حلفت فأنت برىء فهذا باطل لأنه تعليق البراءة بخطر وهى لا تحتمل التعليق اه ويصح تفريع الإبراء على القاعدة الأولى أيضا إذا كان الشرط غير متعارف ، ومنه ما نقلناه عن العزمية فافهم (قوله إلا إذا كان الشرط متعارفا) كما لو أبرأته مطلقته بشرط الإمهار فيصح لأنه شرط متعارف ، وتعليق الإبراء بشرط متعارف جائز ، فإن قبل الإمهار وهم ، بأن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوات الإمهار الصحيح ؛ ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة ، فلو جدد لها نكاحا بدينار فأبت لا يبرأ بدون الشرط :

قالت المسرحة لزوجها : تزوجنى فقال هبى لى المهر الذى لك على فأتزوجك ، فأبرأته مطلقا غير معلق بشرط التزوج يبرأ إذا تزوجها وإلا فلا لأنه إبراء معلق دلالة ، وقيل لايبرأ ، وإن تزوجها لأنه رشوة بحر عن القنية ، ومنه يعلم أن التعليق يكون بالدلالة ، ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة فليحفظ ذلك رملى ، والمراد بالتعليق المذكور التقييد بالشرط بقرينة الأمثلة المذكورة (قوله أو علقه بأمر كائن الخ) منه ما فى جامع الفصولين لو قال لغريمه إن كان لى عليك دين فقد أبرأتك وله عليه دين برىء لأنه علقه بشرط كائن فتنجز اه (قوله كإن أعطيته شريكى الخ) هذا ذكره فى الدرر بألفاظ فارسية وفسره الوانى بذلك : والظاهر أن المراد بالبراءة هنا براءة الإسقاط فيرد عليه ما قبضه شريكه إلا أن يكون المراد الإبراء عن باقى الدين :

مطلب قال لمديونه إذا مت فأنت برىء

(قوله وكذا بموته الخ) فى الخانية : لو قال لمديونه إذا مت فأنت برىء من الدين جاز ويكون وصية ، ولو قال : إن مت أى بفتح التاء لا يبرأ وهو مخاطرة كإن دخلت الدار فأنت برىء لا يبرأ اه . وفيها : لو قالت المريضة لزوجها إن مت من مرضى هذا فهرى عليك صدقة أو أنت فى حل منه فماتت فيه فمهرها عليه لأن هذه مخاطرة فلا تصح اه :

---

(١) (قوله وذكر الزيلعى الخ) قلت : وحاصل ماذكره الزيلعى هناك أنه لوقال أد إلىّ نصف الألف على أنك برىء من الفضل ففعل برىء ، ولوقال إذ أو إذا أومتى أديت لايصح لأنه صريح الشرط . وفى أبرأتك من نصفه على أن تعطينى نصفه غدا يبرأ إن لم يؤده لأن البراءة حصلت بالإطلاق أولا فلا تتغير بما يوجب الشك آخرا لأن كلمة على تكون للشرط وللمعاوضة فتحمل على الشرط عنه تعذر المعاوضة والإبراء يجوز تقييده بالشرط لاتعليقه ، وفى الأولى لم يبرىء أولا وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك ، لأن على تحتمل الشرط فلا يبرأ إلا بالأداء ، وتحتمل العوض فيبرأ مطلقا فلا يبرأ بالشك اه منه .

قلت : والفرق بين هذه المسائل مشكل فإن الموت فى الأولين محقق الوجود ، فإن كان المراد بالمخاطرة هو الموت مع بقاء الدين فهو موجود فى المسألتين ، ولعل الفرق أن تعليقه بموت نفسه أمكن تصحيحه على أنه وصية وتعليق الوصية صحيح كما سيأتى حتى تصح من العبد بقوله إذا عتقت فثلث مالى وصية كما فى وصايا الزيلعى ، بخلاف تعليقه بموت المديون فإنه لايمكن جعله وصية فبقى محض إبراء ولا يعلم أنه هل يبقى الدين إلى موته فكان مخاطرة فلم يصح ، وكذلك مسألة المهر فيها مخاطرة من حيث تعليق الإبراء على موتها من ذلك المرض فإنه لا يعلم هل يكون أولا ، لكن علمت أن الوصية يصح تعليقها بالشرط ، فإن قيد بما ليس فيه مخاطرة يلزم أن لاتصح هذه الوصية لو كانت لأجنبى مع أن حقيقة الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ويصح تعليقها بالعتق كما علمت ، وإن كانت المخاطرة من حيث إنه لا يعلم هل تجيز الورثة ذلك أولا أوهل يكون أجنبيا عنها وقت الموت حتى تصح الوصية أولا لم يبق فائدة لقولها من مرضى هذا ، ويلزم منه صحة التعليق إذا قالت إن مت بدون قولها من مرضى هذا ويحتاج إلى نقل فى المسألة (قوله على ما بحثه فى النهر) حيث قال بعد مسألة المهر السابقة ، وينبغى أنه إن أجازته الورثة يصح لأن المانع من صحة الوصية كونه وارثا اهـ . وفيه أن المانع كونه مخاطرة كما صرح به فى عبارة الخانية ط (قوله وعزل الوكيل) بأن قال له عزلتك على أن تهدى إلى شيئا ، أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط عينى . قال فى البحر ، تعليله يقتضى عدم صحة تعليقه لاكونه يبطل بالشرط ، وعندى أن هذا خطأ أيضا وأنه مما لا يصح تعليقه لا مما يبطل بالشرط اهـ ملخصا ، ويدل عليه أن ما يفسد بالشرط الفاسد ما كان مبادلة مال بمال وهذا ليس منها بل هو من التقييدات كما مر فيبطل تعليقه فيكون مفرعا على القاعدة الثانية فقط فلم يكن ذكره هنا خطأ فافهم ، وقيد بعزل الوكيل لأن الوكالة تخالفه حيث يصح تعليقها كما يأتى (قوله والاعتكاف) قال فى البحر : عندى أن ذكره هنا خطأ لما فى القنية قال : لله على اعتكاف شهر إن دخلت الدار ثم دخل لزمه عند علمائنا فإذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لما فى جامع الفصولين : ما جاز تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد : وكيف والإجماع على صحة تعليق المنذور من العبادات أى عبادة كانت ، حتى أن الوقف كما يأتى لايصح تعليقه بالشرط ، ولو علق النذر به بشرط صح التعليق : وفى الخانية : الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه . ثم قال : وأجمعوا أن النذر لو كان معلقا قال إن قدم غائبى أو شفى الله مريضى فلانا فلله على أن أعتكف شهرا فعجل شهرا قبل ذلك لم يجز فهذه العبارة دالة على صحة تعليقه بالإجماع وهذا الموضع الثالث مما أخطؤا فيه والخطأ هنا أقبح لكثرة الصرائح بصحة تعليقه ، وأنا متعجب لكونهم تداولوا هذه العبارات متونا وشروحا وفتاوى ، وقد يقع كثيرا أن مؤلفا يذكر شيئا خطأ فينقلونه بلا تنبيه فيكثر الناقلون وأصله لواحد مخطىء اهـ وتمامه فيه . وأجاب العلامة المقدسى بأن المراد أن نفس الإعتكاف لا يعلق بالشرط لأنه ليس مما يحلف به . قال فى النهر : وهو مردود بما فى هبة النهاية جملة مالا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر وعد منها تعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط ويمكن أن يجاب عنه بأن معناه ما إذا قال أوجبت على الاعتكاف إن قدم زيد لكنه خلاف الظاهر فتدبره اهـ . ثم قال : والحق أن كلامهم هنا محمول على رواية فى الاعتكاف وإن كانت الأخرى هى التى عليها الأكثر اهـ .

قلت : وفيه نظر ، لما علمت من أن ما هنا مذكور فى المتون والشروح والفتاوى ، بل الصواب فى الجواب أنه إذا كان كلامهم فيما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد علم أن مرادهم أنه لايصح تعليق الاعتكاف بالشرط الفاسد لا بمطلق شرط ، وإذا أجمعوا على أن تعليق الاعتكاف بشرط ملائم كإن شفى الله مريضى صحيح كيف يصح حمل

فإنهما ليسا مما يحلف به فلم يجز تعليقهما بالشرط ، وهذا فى إحدى الروايتين كما بسطه فى النهر ، والصحيح إلحاق الاعتكاف بالنذر (والمزارعة والمعاملة) أى المساقاة لأنهما إجارة (والإقرار)

كلامهم هنا على ما يناقضه ثم يعترض عليهم بأنهم أخطؤا وتداولوا الخطأ حتى لا يبقى لأحد ثقة بكلامهم الذى يتوافقون عليه ، مع أنا نرد على من خرج عن كلامهم بما يتداولونه فإنهم قدوتنا وعمدتنا شكر الله سعيهم ، بل الواجب حمل كلامهم على وفق مرامهم ، وذلك كما مثل به فى الحواشى العزمية بقوله فساد الاعتكاف بالشرط ، بأن قال من عليه اعتكاف أيام نويت أن أعتكف عشرة أيام لأجله بشرط أن لا أصوم أو أباشر امرأتى فى الاعتكاف أو أن أخرج عنه فى أى وقت شئت بحاجة أو بغير حاجة يكون الاعتكاف فاسدا وتعليقه بالشرط بأن يقول لويت أن أعتكف عشرة أيام إن شاء الله تعالى اه لكن هذا تصوير لنفس الاعتكاف لا لإيجابه فيصور إيجابه بأن يقول لله على أن أعتكف شهرا بشرط أن لا أصوم الخ أو إن رضى زيد :

وقد يقال : إن الشروع فيه موجب أيضا ، فإذا شرع فيه بالنية على هذا الشرط الفاسد لم يصح إيجابه فافهم ، والحمد لله على ما ألهم (قوله فإنهما ليسا مما يحلف به) هذا صحيح فى عزل الوكيل ، أما الاعتكاف فيحلف به بالإجماع كما علمت أفاده ح (قوله والصحيح إلحاق الاعتكاف بالنذر) أى فى صحة تعليقه بالشرط ، وهذا التصحيح مأخوذ من قول النهر وإن كانت الأخرى هى التى عليها الأكثر فهو ضعيف للرواية التى مشى عليها أصحاب المتون والشروح ، وقد علمت الجواب الصواب (قوله لأنهما إجارة) فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط الفاسد ، ولا يجوز تعليقهما بالشرط ، كما لو قال زارعتك أرضى أو ساقيتك كرمى على أن تقرضنى ألفا أو إن قدم زيد ، وتمامه فى البحر . قال الرملى : وبه يعلم فساد ما يقع فى بلادنا من المزارعة بشرط مؤنة العامل على رب الأرض سواء كانت من الدراهم أو من الطعام (قوله والإقرار) بأن قال لفلان على كذا إن أقرضنى كذا أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط عينى :

وفى المبسوط : ادعى عليه مالا فقال إن لم آتك به غدا فهو على لم يلزمه إن لم يأت به غدا لأنه تعليق الإقرار بالخطر . وفيه لفلان على ألف درهم إن حلف أو على أن يحلف فحلف فلان وجحد المقر لم يؤخذ به لأنه علق الإقرار بشرط فيه خطر ، والتعليق بالشرط يخرجه من أن يكون إقرارا اه بحر . وظاهره أن قوله على أن يحلف تعليق لا شرط ، لكن قد يطلق التعليق على التقييد بالشرط . وذكر فى البحر أن ظاهر الإطلاق دخول الإقرار بالطلاق والعتق مثل إن دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها أو بعتقه فلا يقع ، بخلاف تعليق الإنشاء ، ويدل على الفرق بينهما أنه لو أكره على الإنشاء به وقع أو على الإقرار به لم يقع :

هذا : وقد حكى الزيلعى فى كتاب الإقرار خلافا فى أن الإقرار المعلق باطل أولا : ونقل عن المبسوط مايشهد لصحته فظاهره تصحيحه .

والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بأنه لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل بالشرط الفاسد اه ملخصا . واعترضه فى النهر بأنه حيث اعتمد على كلامهم هنا كان عليه التزامه فى عزل الوكيل والاعتكاف :

قلت : إنما لم يلتزمه فيهما بناء على ما فهمه من مخالفته لكلامهم ، ولا يلزم اطراده فى باقى المسائل ، نعم فى كون الإقرار مما يبطل بالشرط نظر لأنه ليس من المعاوضات المالية ، ولم أر من صرح ببطلانه به ، ولا يلزم من ذكره هنا بطلانه لما علمته مما مر مرارا أن ماذكره المصنف من الفروع بعضه مما يبطل بالشرط وبعضه مما لا يبطل ، فلا بد من نقل صريح ، ولا سيما وقد اقتصر الزيلعى وغيره على ذكر أنه لا يصح تعليقه بالشرط فليراجع

إلا إذا علقه بمجيء الغد أو بموته فيجوز ويلزمه للحال عيني (والوقف و) الرابع عشر (التحكيم) كقول المحكمين إذا أهل الشهر فاحكم بيننا لأنه صلح معنى ، فلا يصح تعليقه ولا إضافته عند الثانى ، وعليه الفتوى كما فى قضاء الخانية وبقى إبطال الأجل . ففى البزازية أنه يبطل بالشرط الفاسد

(قوله إلا إذا علقه بمجيء الغد) كقوله على ألف إذا جاء غد أو رأس الشهر أو أفطر الناس ، لأن هذا ليس بتعليق بل هو دعوى الأجل إلى الوقت المذكور فيقبل إقراره ودعواه الأجل لا تقبل إلا بحجة زيلعى من كتاب الإقرار (قوله أو بموته) مثل له على ألف إن مت فهو عليه مات أو عاش لأنه ليس بتعليق لأن موته كائن لامحالة بل مراده الإشهاد عليه ليشهدوا به بعد موته إذا جحدت الورثة فهو تأكيد للإقرار زيلعى (قوله والوقف) لأنه ليس مما يحلف به ، فلو قال إن قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا لأن شرطه أن يكون منجزا جزم به فى فتح القدير والإسعاف حيث قال إذا جاء غد أو رأس الشهر أو إذا كلمت فلانا أو إذا تزوجت فلانة فأرضى صدقة موقوفة يكون باطلا لأنه تعليق والوقف لايحتمل التعليق بالخطر . وفيه أيضا : وقف أرضه على أن له أصلها أو على أن لايزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها ويتصدق بثمنها كان الوقف باطلا . وحكى فى البزازية وغيرها أن عدم صحة تعليقه رواية ، والظاهر ضعفها لجزم المصنف وغيره بها نهر ، وصوابه أن يقول والظاهر اعتمادها أو ضعف مقابلتها ، اللهم إلا أن يكون الضمير للحكاية المفهومة من قوله وحكى تأمل ، ومقتضى ما نقله عن الإسعاف ثانيا أن الوقف يبطل بالشرط الفاسد مع أنه ليس مبادلة مال بمال وأن المفتى به جواز شرط استبداله ولا يلزم من ذكر المصنف له هنا أنه مما يبطل بالشرط الفاسد لما قدمناه غير مرة ، بل ذكر فى العزمية أن قاضيخان صرح بأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة .

ويمكن التوفيق بينه وبين ما فى الإسعاف بأن الشرط الفاسد لايبطل عقد التبرع إذا لم يكن موجبه نقض العقد من أصله ، فإن اشتراط أن تبقى رقبة الأرض له أو أن لا يزول ملكه عنها أو أن يبيعها بلا استبدال نقض للتبرع (قوله لأنه صلح معنى) قال فى الدرر فإنه تولية صورة وصلح معنى ، إذ لا يصار إليه إلا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار أنه صلح لايصح تعليقه ولا إضافته ، وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك اهـ والظاهر أنه لا يفسد بالشرط الفاسد لأنه ليس مبادلة مال بمال (قوله عند الثانى) وعند محمد يجوز كالوكالة والإمارة والقضاء بحر (قوله كما فى قضاء الخانية) ومثله فى بيوع الخلاصة (قوله وبقى إبطال الأجل) بقى أيضا تعلق الكفالة بشرط غير ملائم كما سيأتى فى بابها إن شاء الله تعالى والإقالة كما مر فى بابها ، ويأتى مثاله ، والكتابة بشرط فى صلب العقد كما يأتى بيانه قريبا ، والعفو عن القود والإعارة ففى جامع الفصولين قال للقاتل إذا جاء غد فقد عفوتك عن القود لا يصح لمعنى التمليك . قال إذا جاء غد فقد أعرتك تبطل لأنها تمليك المنفعة ، وقيل تجوز كالإجارة ، وقيل تبطل الإجارة ؛ ولو قال أعرتك غدا تصح العارية اهـ . وبقى أيضا عزل القاضى فى أحد القولين كما يأتى ، وسيذكر الشارح أن مالا تصح إضافته لا يعلق بالشرط (قوله ففى البزازية أنه يبطل بالشرط الفاسد) بأن قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح وصار حالا هكذا عبارة البزازية . واعترضها فى البحر بأنها سهو ظاهر ، لأنه لو كان كذلك لبقى الأجل فكيف يقول صح . وعبارة الخلاصة : وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد ، ولو قال كلما حل نجم الخ فجعلها مسألة أخرى وهو الصواب اهـ . وذكر العلامة المقدسى أن العبارتين مشكلتان ، وأن الظاهر أن المراد أن الأجل يبطل ، وأنه إذا علق على شرط فاسد كعدم أداء نجم فى المثال المذكور يبطل به الأجل فيصير المال حالا اهـ .

وكذا الحجر على ماقى الأشباه :

(وما) يصح و (لايبطل بالشرط الفاسد) لعدم المعاوضة المالية سبعة وعشرون على ماعده المصنف تبعا للعينى وزدت ثمانية (القرض والهبة والصدقة والنكاح

وحاصله أن لفظ إبطال فى عبارتى البزازية والخلاصة زائد وأنه لا مدخل لذكره فى هذا القسم أصلا (قوله وكذا الحجر) يوهم أنه يفسد بالشرط الفاسد وليس كذلك كما سيأتى ، نعم لايصح تعليقه بالشرط . قال فى جامع الفصولين . ولو قال لقنه إذا جاء غد فقد أذنت لك فى التجارة صح الإذن ؛ ولو قال إذا جاء غد فقد حجرت عليك لا يصح ، والقاضى لو قال لرجل قد حجرت عليك إذا سفهت لم يكن حكما بحجره ، ولو قال لسفيه قد أذنت لك إذا صلحت جاز اه (قوله وما يصح ولا يبطل بالشرط الفاسد) شروع فى القاعدة الثالثة المقابلة للأولى والأصل فيها ما ذكره فى البحر عن الأصوليين فى كتب الأصول فى بحث الهزل من قسم العوارض أن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة ، وما لايصح مع الهزل تبطله الشروط الفاسدة اه والمراد بقول الشارح مايصح أى فى نفسه ويلغو الشرط ، وإنما زاده لكون نفى البطلان لا يستلزم الصحة لصدقه على الفساد فافهم (قوله لعدم المعاوضة المالية) أشار إلى ما قدمه فى الأصل الأول من أن ما ليس مبادلة مال بمال لايفسد بالشرط الفاسد أى مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وذلك فضل خال عن العوض فيكون ربا والربا لا يكون فى المعاوضات الغير المالية ولا فى التبرعات (قوله وزدت ثمانية) هى الإبراء عن دم العمد ، والصلح عن جناية غصب ، ووديعة ، وعارية إذا ضمنها الخ والنسب والحجر على المأذون والغصب وأمان القن ط ه

قلت : وقدمنا أن كل ما جاز تعليقه لا يفسد بالشرط الفاسد ، وسيأتى أيضا (قوله القرض) كأقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمنى سنة ، وفى البزازية : وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم . والذى فى الخلاصة عن كفالة الأصل والقرض بالشرط حرام اه نهر أى فالمراد بالتعليق الشرط . وفى صرف البزازية : أقرضه على أن يوفيه بالعراق فسد اه أى فسد الشرط وإلا خالف ما هنا تأمل (قوله والهبة والصدقة) كوهبتك هذه المائة أو تصدقت عليك بها على أن تخدمنى سنة نهر ، فتصح ويبطل الشرط لأنه فاسد وفى جامع الفصولين : ويصح تعليق الهبة بشرط ملائم كوهبتك على أن تعوضنى كذا ، ولو مخالفا تصح الهبة لا الشرط(1) اه : وفى حاشيته للخير الرملى .

أقول يؤخذ منه جواب واقعة الفتوى : وهب لزوجته بقرة على أنه إن جاءه أولاد منها تهب البقرة لهم وهو صحة الهبة وبطلان الشرط اه وسيذكر الشارح أن الهبة يصح تعليقها بالشرط ، ويأتى الكلام عليه (قوله والنكاح) كتزوجتك على أن لا يكون لك مهر فيصح النكاح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل ، ومن هذا القبيل ما فى الخانية تزوجتك على أنى بالخيار يجوز النكاح ولا يصح الخيار لأنه ما علق النكاح بالشرط بل باشر النكاح وشرط الخيار اه وليس منه إن أجاز أبى أو رضى لأنه تعليق والنكاح لا يحتمله فلا يصح كما فى الخانية وكلام النهر هنا غير محرر فتدبر . وفى الظهيرية : لو كان الأب حاضرا فقبل فى المجلس جاز . قال فى النهر وهو مشكل : والحق ما فى الخانية اه :

---

(1) وفى الخانية من الهبة : وهبت مهرى منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدى ، فإن لم يقبل بطلت الهبة ، وإن قبل فى المجلس صحت ، ثم إن فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية وإلا فكذلك عند البعض كن أعتق أمة على أن لاتتزوج عتقت تزوجت أولا ، قالت وهبت مهرى إن لم تظلمنى فقبل ثم طلقها فالهبة فاسدة لتعليق بالشرط ، وتمامه فى البحر عند قوله والإبراء عن الدين ، ومفاده أنه لولم يطلقها تصح الهبة فى صريح التعليق بالشرط تأمل اه منه .

والطلاق والخلع والعتق والرهن والإيصاء) كجعلتك وصيا على أن تتزوج بنتى (والوصية والشركةو) كذا (المضاربة والقضاء والإمارة) كوليتك بلد كذا مؤبدا صح وبطل الشرط فله عزله بلا جنحة ، وهل يشترط لصحة عزله كمدرس أبده السلطان أن يقول رجعت عن التأبيد أفتى بعضهم بذلك

قلت : مافى الظهيرية ذكره فى الخانية أيضا عن أمالى أبى يوسف وقال إنه استحسان (قوله والطلاق) كطلقتك على أن لاتتزوجى غيرى بحر . والظاهر أنه إذا قال إن لم تتزوجى غيرى فكذلك، ويأتى بيانه قريبا (قوله والخلع) كخالعتك على أن لى الخيار مدة يراها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال . وأما اشتراط الخيار لها فصحيح عند الإمام كما مضى بحر (قوله والعتق) بأن قال أعتقتك على أنى بالخيار بحر ، وقدمنا آنفا لو أعتق أمة على أن لاتتزوج عتقت تزوجت أولا (قوله والرهن) بأن قال رهنتك عبدى بشرط أن أستخدمه أو على أن الرهن إن ضاع ضاع بلا شىء أو إن لم أوف متاعك لك إلى كذا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن بحر (قوله كجعلتك وصيا الخ) هذا المثال أحسن مما فى البحر جعلتك وصيا على أن يكون لك مائة لأن الكلام فى الشرط الفاسد الذى لايفسد العقد وما هنا صحيح نهر، وفيه نظر فإنه قال فى البزازية فهو وصى والشرط باطل والمائة له وصية اهـ ومعنى بطلانه كما فى البحر أنه يبطل جعلها شرطا للإيصاء وتبقى وصية ، إن قبلها كانت له وإلا فلا اهـ أى فهو شرط فاسد لم يفسد عقد الإيصاء (قوله والوصية) كأوصيت لك بثلث مالى إن أجاز فلان عينى ، وفيه نظر لأنه مثال تعليقها بالشرط وليس الكلام فيه . وفى البزازية : وتعليقها بالشرط جائز لأنها فى الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت اهـ ومعنى صحة التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصى له المال وإلا فلا شىء له بحر ثم قال فى الخانية : لو أوصى بثلثه لأم ولده إن لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فلها الثلث بحكم الوصية اهـ مع أن الشرط لم يوجد إلا أن يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لاعدمه إلى الموت بدليل أنه قال تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقب الانقضاء اهـ :

قلت : ووجهه أنه إذا مضت مدة بعد العدة ولم تتزوج فيها تحقق الشرط فلا تبطل الوصية بتزوجها بعده ، إذ لو كان الشرط عدم تزوجها أبدا لزم أن لايوجد شرط الاستحقاق إلا بموتها ، ويظهر من هذا أنه إذا قال طلقتك إن لم تتزوجى أنه إذا مضى بعد العدة زمان ولم تتزوج يتحقق الشرط ، لكن فيه أن الطلاق المعلق إنما يتحقق بعد تحقق الشرط فيلزم أن يكون ابتداء العدة بعده لا قبله ، فالظاهر بطلان هذا الشرط ووقوع الطلاق منجزا ، ويؤيده مامر قريبا ، ومر تحقيقه فى كتاب الطلاق فى أول باب التعليق (قوله والشركة) فيه أنها تفسد باشتراط مايؤدى إلى قطع الاشتراك فى الربح كاشتراط عشرة لأحدهما . وفى البزازية : الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة دون بعض ، حتى لو شرط التفاضل فى الوضيعة لاتبطل وتبطل باشتراط عشرة لأحدهما . وفيها : لو شرط صاحب الألف العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا اهـ : أما لو لم يشترط العمل على أفضلهما مالا بل تبرع به : فأجاب فى البحر بأن شرط الربح صحيح لأن التبرع ليس من قبيل الشرط بدليل مافى بيوع الذخيرة : اشترى حطبا فى قرية وقال موصولا بالشراء من غير شرط فى الشراء : احمله إلى منزلى لايفسد لأنه كلام مبتدأ بعد تمام البيع (قوله وكذا المضاربة) كما لو شرط نفقة السفر على المضارب بطل الشرط وجازت بزازية : وفيها : ولو شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا لأنه شرط بل لقطع الشركة دفع إليه ألفا على أن يدفع رب المال للمضارب أرضا يزرعها سنة أو دارا للسكنى بطل الشرط وجازت ، ولو شرط ذلك على المضارب لرب المال فسدت لأنه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وأجرة الدار اهـ ، وبه علم أنها تفسد ببعض الشروط كالشركة (قوله كوليتك بلدة كذا مؤبدا) فقوله مؤبدا شرط فاسد ، لأن التولية لاتقتضى ذلك لأنه ينعزل

واختار فى النهر إطلاق الصحة ؛ وفى البزازية : لو شرط عليه أن لايرتشى ولا يشرب الخمر ولا يمتثل قول أحد ولا يسمع خصومة زيد صح التقليد والشرط (والكفالة والحوالة) إلا إذا شرط فى الحوالة الإعطاء من ثمن دار المحيل فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بالملتزم كما عزاه المصنف للبزازية . وأجاب فى النهر بأن هذا من المحتال وعد وليس الكلام فيه فليحرر (والوكالة

بعارض جنون أو عزل أو نحوه ، ومثله وليتك على أن لاتعزل أبدا أو على أن لاتركب كما مثل به فى البحر وقال فهذا الشرط فاسد ولا تبطل إمرته بهذا (قوله واختار فى النهر إطلاق الصحة) حيث قال رادا على ذلك البعض : وعندى أنه لاسلف له فيه ولادليل يقتضيه لأنه حيث صح العزل كان إلغاء للتأبيد سواء نص على الغاية أولا (قوله صح التقليد والشرط) فإن فعل شيئا من ذلك انعزل ، ولايبطل قضاؤه فيما مضى : ولاينفذ قضاء القاضى فى خصومة زيد ، ويجب على السلطان أن يفصل قضيته إن اعتراه قضية بحر عن البزازية : وفيه عنها أيضا : لو شرط فى التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل اه :

قلت : وإنما صح الشرط لكونه شرطا صحيحا ، والقاضى وكيل عن السلطان فيتقيد قضاؤه بما قيده به حتى يتقيد بالزمان والمكان والشخص ، ومن ذلك ماإذا نهاه عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة كما سيأتى فى القضاء إن شاء الله تعالى (قوله والكفالة والحوالة) بأن قال كفلت غريمك على أن تقرضنى كذا وأحلتك على فلان بشرط أن لاترجع على عند التوى نهر ، يعنى فتصح ويبطل الشرط . وفى البزازية : لو قال كفلت به على أنى متى أو كلما طولبت به فلى أجل شهر فإذا طالبه به فله أجل شهر من وقت المطالبة الأولى فإذا تم الشهر من وقت المطالبة الأولى لزم التسليم ولايكون للمطالبة الثانية تأجيل اه . وفيه أن كلما تقتضى التكرار ، مقدسى ، ولعله ألغى التكرار هنا لما يلزم عليه من إبطال موجب الكفالة ، وحيث أمكن الإعمال فهو أولى من الإبطال تأمل ، وسيذكر الشارح هذه المسألة أوائل الكفالة ، ويأتى توضيحها هناك . وفى البزازية أيضا : كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر يصح ، بخلاف البيع لأن مبناها على التوسع اه فنى هذا وفيما قبله صحت الكفالة والشرط لأنه شرط تأجيل أو خيار وكلاهما شرط صحيح ، ولا يرد على المصنف لأن كلامه فى الشرط الفاسد ، وسيأتى فى بابها أنه لايصح تعليقها بشرط غير ملائم ويأتى هنا فى كلام الشارح أيضا (قوله إلا إذا شرط الخ) أى شرط المحال على المحال عليه أن يعطيه المال المحال به من ثمن دار المحيل . قال فى البزازية : بخلاف ماإذا التزم المحتال عليه الإعطاء من ثمن دار نفسه لأنه قادر على بيع دار نفسه ولايجبر على بيع داره ، كما إذا كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد لايجبر على الأداء قبل الأجل اه وظاهره صحة التأجيل إلى الحصاد لأنه مجهول جهالة يسيرة ، بخلاف هبوب الريح كما يأتى فى بابها (قوله من المحتال) صوابه المحتال عليه (قوله فليحرر) أشار إلى ما فى هذا الجواب ، فإن كونه وعدا لايخرجه عن كونه شرطا مع أن فرض المسألة أنه مذكور فى صلب العقد على أنه شرط ، إذلو كان بعد العقد لاعلى وجه الإشتراط لم يفسد العقد كامر عند قوله والشركة ، وأيضا لايظهر به الفرق بين المسألتين ، ويظهر لى الجواب بأن الحوالة قد تكون مقيدة ، كما لو أحال غريمه بألف الوديعة على المودع تقيدت بها حتى لو هلكت الألف برئ المحال عليه كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى بابها ، وهنا لما شرط الدفع من ثمن دار المحيل صارت مقيدة به ، ولما لم يكن له قدرة على الوفاء بذلك فسدت الحوالة بمنزلة مالو هلكت الوديعة المحال بها ، ولهذا لو كان البيع مشروطا فى الحوالة صحت ويجبر على البيع كما فى آخر حوالة البزازية . أما لو شرط الدفع من ثمن داره صحت الحوالة لقدرته على بيع داره ولكن لايجبر على البيع ، ولو باع يجبر على الأداء لتحقق الوجوب كما فى الدرر (قوله والوكالة)

والإقالة والكتابة) إلا إذا كان الفساد فى صلب العقد أى نفس البدل كـكتابته على خمر فتفسد به ، وعليه يحمل إطلاقهم كما حرره خسرو (وإذن العبد فى التجارة ، ودعوة الولد) كهذا الولد منى إن رضيت امرأتى (والصلح عن دم العمد) وكذا الإبراء عنه ولم يذكره اكتفاء بالصلح درر (و) عن (الجراحة) التى فيها القود وإلا كان من القسم الأول ، وعن جناية غصب ووديعة وعارية إذضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة درر ،

كوكلتك على أن تبرأنى مما لك على نهر . وفى البزازية : الوكالة لاتبطل بالشروط الفاسدة أى شرط كان ، وفيها تعليق الوكالة بالشرط جائز وتعليق العزل به باطل ، وتفرع عليه أنه لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى صح لأنه تعليق التوكيل بالعزل ، ولو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح لأنه تعليق العزل بالشرط بحر (قوله والإقالة) حتى لو تقايلا على أن يكون الثمن أكثر من الأول أو أقل صحت ولغا الشرط ، وقد مر فى بابها نهر : وذكر المصنف فى بابها أنها لاتفسد بالشرط وإن لم يصح تعليقها به . وصورة التعليق كما ذكره فى البحر هناك عن البزازية مالوباع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بأزيد لاينعقد البيع الثانى لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط (قوله والكتابة) بأن كاتبه على ألف بشرط أن لايخرج من البلد أو على أن لايعامل فلانا أو على أن يعمل فى نوع من التجارة فتصح ويبطل الشرط لأنه غير داخل فى صلب العقد نهر (قوله فى صلب العقد) صلب الشىء : مايقوم به ذلك الشىء وقيام البيع بأحد العوضين ، فكل فساد يكون فى أحدهما يكون فسادا فى صلب العقد درر (قوله وعليه) أى على كون الفساد فى صلب العقد ط (قوله يحمل إطلاقهم) أى إطلاق من قال إنها تبطل بالشرط الفاسد كالعمادى والاستروشنى فإنهما قالا : وتعليق الكتابة بالشرط لايجوز وإنها تبطل بالشرط ، ويحمل قولهما ثانيا الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط على كون الشرط زائدا ليس فى صلب العقد ، وبه يندفع اعتراض صاحب جامع الفصولين عليهما ، هذا حاصل مافى الدرر . وأما مافى البحر عن البزازية : كاتبها وهى حامل على أن لايدخل ولدها فى الكتابة فسدت لأنها تبطل بالشرط الفاسد اهـ فالمراد به ما كان فى صلب العقد ، لأن استثناء حملها وهو جزء منها شرط فى صلب العقد ، كما لو باع أمة إلا حملها لأنها أحد العوضين فافهم (قوله وإذن العبد فى التجارة) كأذنت لك فى التجارة على أن تتجر إلى شهر أو على أن تتجر فى كذا فيكون عاما في التجارة والأوقات ويبطل الشرط بحر (قوله كهذا الولد منى إن رضيت امرأتى) تابع البحر فى ذلك مع أنه فى البحر اعترض على العينى مرارا بأن الكلام فى الشرط الفاسد لا فى التعليق ، فالأولى قول النهر بشرط رضا زوجتى . وقال فى العزمية : وصور ذلك فى إيضاح الكرمانى بأن ادعى نسب التوأمين بشرط أن لا تكون لسبة الآخر منه ، أو ادعى نسب ولد بشرط أن لايرث منه يثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث ويبطل الشرط لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر لما عرف ، وشرط أن لايرث شرط فاسد لمخالفة الشرع والنسب لايفسدبه اهـ (قوله والصلح عن دم العمد) بأن صالح ولى المقتول عمدا القاتل على شىء بشرط أن يقرضه أو يهدى إليه شيئا فالصلح صحيح والشرط فاسد ، ويسقط الدم لأنه من الإسقاطات فلايحتمل الشرط بحر (قوله ولم يذكروه اكتفاء بالصلح) إذ ليس بينهما كثير فرق ، فإن الولى إذا قال للقاتل عمدا أبرأت ذمتك على أن لاتقيم فى هذا البلد مثلا أو صالح معه عليه صح الإبراء والصلح ، ولا يعتبر الشرط درر (قوله التى فيها القود) فى المصباح : القود القصاص وبه عبر فى الدرر ، فلا فرق فى التعبير فافهم (قوله وإلا) بأن كان الصلح عن القتل الخطأ أو الجراحة التى فيها الأرش كان من القسم الأول درر : أى لأن موجب ذلك المال فكان مبادلة لا إسقاطا . (قوله وعن جناية غصب) أى مغصوب ، وقوله

والنسب ، والحجر على المأذون نهر ، والغصب وأمان مقن أشباه (وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب ؛ و) تعليقه (بخيار الشرط وعزل القاضى)

إذا ضمنها : أى موجبات الصلح في الصور المذكورة درر ، ولعل صورة المسألة لو أتلف ماغصبه أو أتلف وديعة أو عارية عنده وأراد المالك أن يضمنه ذلك فصالحه على شيء وضمن رجل موجب الصلح بشرط أن يحيله به على آخر أو يكفل به آخر صح الضمان وبطل الشرط ، لكن لايخفى أن الضمان كفالة ، وقد مرت مسألة الكفالة ، ولم أر من أوضح ذلك فتأمل (قوله والنسب) تقدم تصويره فى مسألة دعوى الولد (قوله والحجر على المأذون) فلا يبطل به ويبطل الشرط شرنبلالية عن العمادية ، ومثله فى جامع الفصولين ، ولا ينافى ماقدمه عن الأشباه لأن ذاك فى بطلان تعليقه بالشرط كما قدمناه (قوله والغصب) كذا ذكره فى جامع الفصولين وغيره مع ذكرهم مسألة جناية الغصب المارة ، وفيه أن الغصب فعل لايقيد بشرط ، فإن كان المراد ضمان الغصب بشرط فهو داخل فى الكفالة فافهم (قوله وأمان القن) أقول : فى السير الكبير لمحمد بن الحسن تعليق الأمان : بالشرط جائز بدليل « أن النبى صلى الله عليه وسلم حين أمن أهل خيبر علق أمانهم بكتمانهم شيئا وأبطل أمان آل أبى الجعد بكتمانهم الحلى » اهـ . وبه يعلم أن القن ليس قيدا حموى : أى سواء كانت إضافة الأمان من إضافة المصدر إلى فاعله أو إلى مفعوله وفى بعض النسخ وأمان النفس (قوله وعقد الذمة) فإن الإمام إذا فتح بلدة وأقر أهلها على أملاكهم وشرطوا معه فى عقد الذمة أن لايعطوا الجزية بطريق الإهانة كما هو المشروع ، فالعقد صحيح ، والشرط باطل درر (قوله وتعليق الرد بالعيب وبخيار الشرط) هكذا عبر فى الكنز ، وعبر فى النهاية بقوله وتعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط ، ومثله فى جامع الفصولين وغيره ، فعلم أن قوله بالعيب متعلق بالرد لا بتعليق ، وأن المراد أن الرد بخيار عيب أو شرط يصح تعليقه بالشرط . ولا يخفى أن الكلام فيما يصح ولا يفسد تقييده بالشرط الفاسد لا فيما صح تعليقه ؛ فكان المناسب حذف لفظة تعليق كما فعل صاحب الدرر : وقد يجاب بأن المراد بالتعليق التقييد أو أن كل ماصح تعليقه صح تقييده كما مر ، وبه ظهر أنه ليس المراد مايتوهم أن تعليق الرد بأحد الخيارين بالشرط يصح تقييده بالشرط إذ لايظهر تصوير تقييد التعليق . ثم إنه مثل للأول فى البحر بما إذا قال إن وجدت بالمبيع عيبا أرده عليك إن شاء فلان وللثانى بما إذا قال من له خيار الشرط رددت البيع أو أسقطت خيارى إن شاء فلان فإنه يصح ويبطل الشرط اهـ تأمل :

وفى البحر من باب خيار الشرط مالصه : فإن قلت : هل يصح تعليق إبطاله وإضافته ؟

قلت : قال فى الخانية : لوقال من له الخيار إن لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خيارى كان باطلا ولا يبطل خياره ، وكذا لو قال فى خيار العيب إن لم أرده اليوم فقد أبطلت خيارى ولم يرده اليوم لايبطل خياره : ولولم يكن كذلك ولكنه قال أبطلت غدا أوقال أبطلت خيارى إذا جاء غد فجاء غد ذكر فى الملتقى أنه يبطل خياره . قال : وليس هذا كالأول لأن هذا وقت يجيء لامحالة بخلاف الأول اهـ . قال فى البحر هناك : فقد سووا بين التعليق والإضافة فى المحقق مع أنهم لم يسووا بينهما فى الطلاق والعتاق . وفى التتارخانية : لوكان الخيار للمشترى فقال إن لم أفسخ اليوم فقد رضيت أو إن لم أفعل كذا فقد رضيت لايصح اهـ أى بل يبقى خياره (قوله وعزل القاضى) فى جامع الفصولين : ولو قال الأمير لرجل إذا قدم فلان فأنت قاضى بلدة كذا أو أميرها يجوز ، ولو قال إذا أتاك كتابى هذا فأنت معزول ينعزل بوصوله وقيل لا اهـ : وذكر فى الدرر عن العمادية والاستروشنية أن الثانى به يفتى . واعترض بأن عبارة العمادية والاستروشنية قال ظهير الدين المرغينانى ونحن لانفتى بصحة التعليق وهو فتوى الأوزجندى اهـ .

كعزلتك إن شاء فلان فينعزل ويبطل الشرط ، لما ذكرنا أنها كلها ليست بمعاوضة مالية ، فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة . وبقى مايجوز تعليقه بالشرط ، وهو مختص بالإسقاطات المحضة التى يحلف بها كطلاق وعتاق ، وبالالتزامات التى يحلف بها كحج وصلاة والتوليات كقضاء وإمارة عينى وزيلعى . زاد فى النهر : الإذن فى التجارة وتسليم الشفعة والإسلام ، وحرر المصنف دخول الإسلام فى القسم الأول لأنه من الإقرار ،

وظاهر مافى جامع الفصولين ترجيح الأول ولذا مشى عليه فى الكنز والملتقى وغيرهما (قوله كعزلتك إن شاء فلان) كذا مثل فى البحر . واعترض بأن هذا تعليق وليس الكلام فيه :

قلت : والعجب أنه فى البحر اعترض على العينى مرارا بمثل هذا : وقد يجاب بأنه إذا لم يبطل بالتعليق لايبطل بالشرط بالأولى كعزلتك على أن أوليك فى بلدة كذا (قوله لما ذكرنا) أى فى قوله لعدم المعاوضة المالية (قوله وبقى مايجوز تعليقه بالشرط) هذه القاعدة الرابعة ، وقدمنا أنها داخلة تحت الثالثة ، لما فى جامع الفصولين أن ماجاز تعليقه بالشرط لاتبطله الشروط كطلاق وعتق وحوالة وكفالة ويبطل الشرط اه (قوله وهو مختص بالإسقاطات المحضة التى يحلف بها) لو حذف قوله التى يحلف بها لدخل الإذن فى التجارة وتسليم الشفعة لكونها إسقاطا ، ولكن لايحلف بهما أفاده فى البحر ، ويدخل فيه أيضا الإبراء عن الكفالة فإنه يصح تعليقه بملائم كما مر فى الإبراء عن الدين (قوله والتوليات) فيصح تعليقها بالملائم فقط ، وكذا فى إطلاقات وتحريضات كما مر فى الأصل الثانى (قوله وتسليم الشفعة) أى لأنه إسقاط محض كما علمت فيصح تعليقه :

هذا وفى شفعة الهداية عند قوله وإذا صالح من شفعته على عوض بطلت ورد العوض ، لأن حق الشفعة لايتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى . واعترضه فى العناية بماقال محمد فى الجامع الصغير : لو قال سلمت الشفعة فى هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم لأنه علقه بشرط وصح ، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق فصح تعليقه بالشرط اه . قال الطورى فى تكملة البحر : وقد يفرق بحمل مافى الهداية على التى تدل على الإعراض والرضا بالمجاورة مطلقا والثانى على خلافه فيفرق بين شرط وشرط اه :

[تنبيه] لايخفى أن هذا كله فى التسليم بعد وجوبها : وبقى مالو قال الشفيع قبل البيع إن اشتريت فقد سلمتها هل يصح أم لا ؟ بحث فيه الخير الرملى بقوله لاشبهة فى أنه تعليق الإسقاط قبل الوجوب بوجود سببه ، ومقتضى قولهم التعليق بالشرط المحض يجوز فيما كان من باب الإسقاط المحض ، وقولهم المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده وقولهم من لايملك التنجيز لايملك التعليق إلا إذا علقه بالملك أو سببه صحة التعليق المذكور لأنه إسقاط ، وقد علقه بسبب الملك فكأنه نجزه عند وجوده ، لكن أورد فى الظهيرية إشكالا على كون تسليم الشفعة إسقاطا محضا ، وهو ماذكره السرخسى فى باب الصلح عن الجنايات من أن القصاص لايصح تعليق إسقاطه بالشرط ، ولايحتمل الإضافة إلى الوقت وإن كان إسقاطا محضا ، ولهذا لايرتد برد من عليه القصاص ؛ ولو أكره على إسقاط الشفعة لايبطل حقه قال وبه تبين أن تسليم الشفعة ليس بإسقاط محض وإلا لصح مع الإكراه كسائر الإسقاطات اه :
قال الرملى : وعليه لايصح التعليق قبل الشراء كالتنجيز قبله والمسألة تقع كثيرا ، والذى يظهر عدم صحة التعليق اه (قوله وحرر المصنف دخول الإسلام فى القسم الأول) أى مالايصح تعليقه بالشرط وذلك حيث ذكر أولا أن الإسلام لابد فيه بعد الإتيان بالشهادتين من التبرى كما علمت تفاصيله فى الكتب المبسوطة : ويؤخذ عدم صحة تعليقه بالشرط من قولهم بعدم صحة تعليق الإقرار بالشرط . وتحقيقه أن الإسلام تصديق بالجنان وإقرار باللسان وكلاهما لايصح تعليقه بالشرط ، ومن المعلوم أن الكافر الذى يعلق إسلامه على فعل شىء غالبا يكون شيئا لايريد

ودخول الكفر هنا لأنه ترك . ويصح تعليق هبة وحوالة وكفالة وإبراء عنها بملائم (وماتصح إضافته إلى) الزمان (المستقبل

كونه فلا يقصد تحصيل ماعلق عليه . وقد ذكر الزيلعي وغيره أن الإسلام عمل، بخلاف الكفر فإنه ترك، ونظيره الإقامة والصيام ، فلا يصير المقيم مسافرا ، ولا الصائم مفطرا ، ولا الكافر مسلما بمجرد النية لأنه فعل ، ويصير مقيما وصائما وكافرا بمجرد النية لأنه ترك ، فإذا علقه المسلم على فعل وفعله والظاهر أنه مختار فى فعله فيكون قاصدا للكفر فيكفر بخلاف الإسلام اه (قوله ودخول الكفر هنا) أى فيما يصح تعليقه . وفيه أن كلام المصنف كما سمته آنفا ليس فيه تعرض لدخول الكفر فى هذا القسم بل فيه ماينافيه وهو أنه يصير كافرا بمجرد النية لأنه ترك: أى ترك العمل والتصديق فيتحقق فى الحال قبل وجود المعلق عليه ، ولو صح تعليقه لما وجد فى الحال فافهم (قوله ويصح تعليقه هبة) فى البزازية من البيوع تعليق الهبة بأن باطل وبعلى إن ملائما كهبته على أن يعوضه يجوز ، وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة اه بحر ، وهذا مخالف ماذكره الشارح ، لأن كلامه فى صحة التعليق بأداة الشرط لا فى التقييد بالشرط ، لأن هذا تقدم فى المتن حيث ذكر الهبة فيما لايبطل بالشرط الفاسد فافهم ، لكن فى البحر أيضا عن المناقب عن الناصحى : لو قال إن اشتريت جارية فقد ملكتها منك يصح، ومعناه إذا قبضه بناء على ذلك اه أى إذا قبض الموهوب له الموهوب بناء على التمليك يصح مع أنه معلق بإن، وهو خلاف مافى البزازية من إطلاق بطلانه ، ولعله قول آخر يجعل التعليق بالملائم صحيحا كالتقييد تأمل (قوله وحوالة وكفالة) فى البزازية من البيوع ، وتعليق الكفالة إن متعارفا كقدوم المطلوب يصح ، وإن شرطا محضا كإن دخل الدار أو هبت الريح لا والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل ،ونص النسفى أن الشرط إن لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشرط والحوالة كهى اه بحر (قوله وإبراء عنها) كإن وافيت به غدا فأنت برىء كما قدمناه فى مسألة الإبراء عن الدين (قوله بملائم) قيد للأربعة .

[تتمة] بقى مما يصح تعليقه دعوة الولد كإن كانت جاريتى حاملا فمنى وكذا الوصية والإيصاء والوكالة والعزل عن القضاء فهذه نص فى البحر عليها فى أثناء شرحها ونبهنا على ذلك والإبراء عن الدين إذا علق بكائن أو بمتعارف كما مر وذكر فى جامع الفصولين مما يصح تعليقه إذن القن وكذا النكاح بشرط علم للحال وكذا تعليق الإمهال أى تأجيل الدين غير القرض إن علق بكائن ولو قال بعته بكذا إن رضى فلان جاز البيع والشرط جميعا ولو قال بعته منك إن شئت فقال قبلت تم البيع وقدمنا تقييد مسئلة البيع بما إذا وقته بثلاثة أيام وذكر خلافا فى صحة تعليق القبول .

مطلب مايصح إضافته ومالا تصح

(قوله وما تصح إضافته الخ) شروع فيما يضاف ومالا يضاف بعد الفراغ من الكلام على التعليق ، ولم أر من ذكر لذلك ضابطا ، وسيأتى بيانه ثم الفرق بين التعليق والإضافة : هو التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم فإن نحو أنت طالق سبب للطلاق . فى الحال ، فإذا قال أنت طالق إن دخلت الدار منع انعقاده سببا للحال وجعله متأخرا إلى وجود الشرط ، فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه وهو الطلاق . وأما الإيجاب المضاف مثل أنت طالق غدا فإنه ينعقد سببا للحال لا نتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية ، لكن يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه فالإضافة لا تخرجه عن السببية بل تؤخر حكمه بخلاف التعليق ، فإذا قال إن جاء غد فلله على أن أتصدق بكذا لا يجوز له التصدق قبل الغد لأنه لا تعجيل قبل السبب ، ولو قال لله على أن أتصدق بكذا غدا له التعجيل

الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف) فهى أربعة عشر ، وبقى العارية والإذن فى التجارة فيصحان مضافين أيضا عمادية :

(وما لا تصح) إضافته (إلى المستقبل) عشرة (البيع ، وإجازته ، وفسخه ، والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين) لأنها تمليكات للحال فلا تضاف للاستقبال كما لا تعلق بالشرط

قبله لأنه بعد السبب لأن الإضافة دخلت على الحكم لا السبب ، فهو تعجيل للمؤجل وتفرّع عليه ما لو حلف لا يطلق امرأته فأضاف الطلاق إلى الغد حنث وإن علقه لم يحنث ، هذا حاصل ما ذكروه فى كتب الأصول : وللمحقق ابن الهمام فى التحرير أبحاث فى الفرق بينهما ذكرها ابن نجيم فى شرح المنار فى فصل الأدلة الفاسدة . وقال : والفرق بينهما من أشكل المسائل (قوله الإجارة) فى جامع الفصولين : ولو قال آجرتك غدا فيه اختلاف والمختار أنها تجوز ثم فى الإجارة المضافة إذا باع أو وهب قبل الوقت يفتى بجواز ما صنع وتبطل الإجارة ، فلو رد عليه بعيب بقضاء أو رجع فى الهبة قبل الوقت عادت الإجارة ، ولو عاد إليه بملك مستقبل لا تعود الإجارة. وفى فتاوى ظهير الدين لو قال آجرتك هذه رأس كل شهر بكذا يجوز فى قولهم (قوله وفسخها) فى العزمية على الخانية أن الفتوى عليه . وفى الشرنبلالية : المعتمد اختيار عدم الصحة ، وهو المذكور فى الكافى ، واختار ظهير الدين اهـ ففيه اختلاف التصحيح (قوله والمزارعة والمعاملة) فإنهما إجارة ، حتى إن من يجيزهما لا يجيزهما إلا بطريقها ويراعى فيهما شرائطها درر (قوله والمضاربة والوكالة) فإنهما من باب الاطلاقات والإسقاطات فإن تصرف المضارب والوكيل قبل العقد والتوكيل فى مال المالك والموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالعقد والتوكيل أسقطه فيكون إسقاطا فيقبل التعليق درر أى وإذا قبل التعليق يقبل الإضافة بالأولى ، لأن التعليق يمنع السببية ، بخلاف الإضافة كما علمت . وبه اندفع اعتراض المصنف فى المنح بأن الكلام فى الإضافة لا فى التعليق ، لكن لم أر من صرح بصحة التعليق فى المضاربة ، ولعله أراد بالتعليق التقييد بالشرط فإنهم يطلقون عليه لفظ التعليق تأمل (قوله والكفالة) لأنها من باب الالتزامات فتجوز إضافتها إلى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم درر (قوله والإيصاء) أى جعل الشخص وصيا والوصية بالمال فإنهما لا يفيدان إلا بعد الموت فيجوز تعليقهما وإضافتهما درر (قوله والقضاء والإمارة) فإنهما تولية وتفويض محض فجاز إضافتهما درر (قوله والطلاق والعتاق) فإنهما من باب الإطلاقات والإسقاطات وهو ظاهر درر (قوله والوقف) فإن تعليقه إلى مابعد الموت جائز درر ، والكلام فيه كما مر فى المضاربة والوكالة (قوله وبقى العارية والإذن فى التجارة) قال فى جامع الفصولين الذى جمع فيه الفصول العمادية والفصول الاستروشنية : تبطل إضافة الإعارة ، بأن قال إذا جاء غد فقد أعرتك لأنها تمليك المنفعة ، وقيل تجوز ، ولو قال أعرتك غدا تصح وقال قبله ولو قال لقنه إذا جاء غد فقد أذنت لك فى التجارة صح الإذن ، ولو قال إذا جاء غد فقد حجرت عليك لا يصح اهـ .

وأنت خبير بأن الكلام فى الإضافة ولفظ إذا جاء غد تعليق ويسمى إضافة باعتبار ذكر الوقت، فيه لا حقيقة ، ولذا فرق فى مسئلة الإعارة بين ذكر إذا وعدمه ، فعد الإذن فى التجارة هنا تبعا للقهستانى غير ظاهر تأمل ، وفى جامع الفصولين إذا قال أبطلت خيارى غد ابطل خياره وقدمنا فيما يصح تعليقه أن إسقاط القصاص لا يحتمل الإضافة إلى الوقت (قوله لأنها تمليكات الخ) كذا فى الدرر . وقال الزيلعى آخر كتاب الإجارة لأنها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة إلى الإضافة بخلاف الفصل الأول لأن الإجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية ، وأما الإمارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام اهـ :

لما فيه من القمار ، وبقى الوكالة على قول الثانى المفتى به :

باب الصرف

عنونه بالباب لا بالكتاب لأنه من أنواع البيع

(هو) لغة الزيادة . وشرعا (بيع الثمن بالثمن) أى ما خلق للثمنية ومنه المصوغ (جنسا بجنس أو بغير جنس) كذهب بفضة (ويشترط) عدم التأجيل والخيار و (التماثل)

قلت : ويظهر من هذا ومما ذكرناه آنفا عن الدرر أن الإضافة تصح فيما لا يمكن تمليكه للحال وفيما كان من الإطلاقات والإسقاطات والالتزامات والولايات ، ولا تصح فى كل ما أمكن تمليكه للحال تأمل (قوله لما فيه من القمار) هو المراهنة كما فى القاموس ، وفيه المراهنة ، والرهان المخاطرة .

وحاصله أنه تمليك على سبيل المخاطرة . ولما كانت هذه تمليكات للحال لم يصح تعليقها بالخطر لوجود معنى القمار (قوله وبقى الوكالة) الظاهر أنه سبق قلم وصوابه التحكيم فإنه الذى فيه خلاف أبى يوسف . قال فى البزازية وتعليق كونه حكما بالخطر أو الإضافة إلى مستقبل صحيح عند محمد خلافا للثانى والفتوى على الثانى اهـ وهكذا قدمه الشارح قبيل مالا يبطل بالشرط الفاسد ، وكيف يصح عد الوكالة هنا وقد ذكرها المصنف تبعا للكنز والوقاية فيما تصح إضافته وكذا فى جامع الفصولين وغيره ، وكذا تقدم أنها مما لا يفسد بالشرط وبه صرح فى الكنز وغيره بل قدمنا جواز تعليقها بالشرط فكيف لا تصح إضافتها ، نعم بقى فسخ الإجارة على أحد التصحيحين كما قدمناه آنفا ، والله سبحانه أعلم .

باب الصرف

لما كان عقدا على الأثمان والثمن فى الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخره عنه (قوله عنونه بالباب) قال فى الدرر عنونه الأكثرون بالكتاب وهو لا يناسب لكون الصرف من أنواع البيع كالربا والسلم فالأحسن ما اختير ههنا (قوله هو لغة الزيادة) هذا أحد معانيه ففى المصباح صرفته عن وجهه صرفا من باب ضرب وصرفت الأجير والصبى خليت سبيله وصرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدراهم بعته واسم الفاعل من هذا صيرفى وصيروف(١) وصراف للمبالغة قال ابن فارس الصرف فضل الدرهم فى الجودة على الدرهم وصرفت الكلام زينته ، وصرفته بالتثقيل واسم الفاعل : مصرف والصرف التوبة فى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا » والعدل الفدية اهـ زاد فى القاموس فى معنى الحديث المذكور قوله أو هو النافلة . والعدل : الفريضة أو بالعكس أو الوزن . والعدل الكيل ، أو هو الاكتساب : والعدل : الفدية أو الحيل اهـ وقد علمت أنه يطلق لغة على بيع الثمن بالثمن لكنه فى الشرع أخص تأمل (قوله أى ما خلق للثمنية) ذكر نحوه فى البحر . ثم قال : وإنما فسرناه به ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد ، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف اهـ (قوله ويشترط عدم التأجيل والخيار) أى وعدم الخيار : أى خيار الشرط بخلاف خيار رؤية أو عيب كما يأتى . ولا يقال هذا مكرر مع قوله الآتى ويفسد بخيار الشرط والأجل ، لأن

---

(١) (قوله وصيروف) هكذا بخطه ، والذى رأيته فى نسخة من المصباح : وصيرف بحذف الواو ، وقوله وصرفته بالتثقيل واسم الفاعل الخ هكذا بخطه أيضا ، وفيه سقط والأصل وصرفته بالتثقيل مبالغة واسم الفاعل الخ ، وقوله فى عبارة القاموس أو الحيل الذى فى عبارته أو الحيلة فليراجع اهـ مصححه .

أى التساوى وزنا (والتقابض) بالبراجم لا بالتخلية (قبل الافتراق) وهو شرط بقائه صحيحا على الصحيح (إن اتحدا جنسا وإن) وصلية (اختلفا جودة وصياغة) لما مر فى الربا (وإلا) بأن لم يتجانسا

ذاك تفريع على هذا كما هو العادة من ذكر الشروط ثم التفريع عليها فافهم ، نعم ذكر فى النهر أنه لا حاجة إلى جعلهما شرطين على حدة كما جرى عليه فى البحر تبعا للنهاية وغيرها لأن شرط التقابض يغنى عن ذلك ، لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على القولين وذلك يخل بتمام القبض وهو ما يحصل به التعيين اه ولا يخفى ما فيه (قوله أى التساوى وزنا) قيد به لأنه لا اعتبار به عددا بحر عن الذخيرة ، والشرط التساوى فى العلم لا بحسب نفس الأمر فقط ، فلو لم يعلما التساوى وكان فى نفس الأمر لم يجز إلا إذا ظهر التساوى فى المجلس كما أوضحه فى الفتح ، ونذكر قريبا حكم الزيادة والحط (قوله بالبراجم) جمع برجمة بالضم :وهى مفاصل الأصابع عن جامع اللغة (قوله لا بالتخلية) أشار إلى أن التقييد بالبراجم للاحتراز عن التخلية ، واشتراط القبض بالفعل لا خصوص البراجم ، حتى لو وضعه له فى كفه أو فى جيبه صار قابضا (قوله قبل الافتراق) أى افتراق المتعاقدين بأبدانهما ، والتقييد بالعاقدين يعم المالكين والنائبين ، وتقييد الفرقة بالأبدان يفيد عموم اعتبار المجلس ، ومن ثم قالوا إنه لا يبطل بما يدل على الإعراض ، ولو سارا فرسخا ولم يتفرقا ، وقد اعتبروا المجلس فى مسألة هى ما لو قال الأب اشهدوا أنى اشتريت الدينار من ابنى الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا عن محمد ، لأنه لا يمكن اعتبار التفرق بالأبدان نهر ؛

وفى البحر : لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لم يجز لأنهما مفترقان بأبدانهما ، وتفرع على اشتراط القبض أنه لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف ولا هبته والتصدق به ، فلو فعل لم يصح بدون قبول الآخر ، فإن قبل انتقض الصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض ، وتمامه فى البحر :

[تنبيه] قبض بدل الصرف فى مجلس الإقالة شرط لصحتها كقبضه فى مجلس العقد ، بخلاف إقالة السلم ، وقدمنا الفرق فى بابه .

وفى البحر : لو وجب دين بعقد متأخر عن عقد الصرف لا يصير قصاصا ببدل الصرف وإن تراضيا ، ولو قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه لمعنى أوجب انتقاضه يبطل الصرف ، ولو استحق أحد بدليه بعد الافتراق فإن أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف ، وإن استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف (قوله على الصحيح) وقيل شرط لانعقاده صحيحا ، وعلى الأول قول الهداية : فإن تفرقا قبل القبض بطل ، فلولا أنه منعقد لما بطل بالافتراق كما فى المعراج : وثمرة الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند أبى حنيفة ، ولا يفسد على القول الأصح فتح (قوله وإن اختلفا جودة وصياغة) قيد إسقاط الصفقة بالأثمان ، لأنه لو باع إناء نحاس بمثله وأحدهما أثقل من الآخر جاز مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضا لأن صفة الوزن فى النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع كذا فى الفتح ، حتى لو تعارفوا بيع هذه الأوانى بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعها بجلسها إلا متساويا كذا فى الذخيرة نهر (قوله لما مر فى الربا) أى من أن جيد مال الربا ورديئه سواء ، وتقدم استثناء حقوق العباد : ومر الكلام فيه فراجعه ، ومنه ما فى البحر عن الذخيرة : غصب قلب فضة ثم استهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه ، فإن تفرقا قبل قبض القيمة جاز خلافا لزفر لأنه صرف حكما للضمان

(شرط التقابض) لحرمة النساء (فلو باع) النقدين (أحدهما بالآخر جزافا أو بفضل وتقابضا فيه) أى المجلس (صح ، و) العوضان (لايتعينان) حتى لو استقرضا فأديا قبل افتراقهما أو أمسكا ماأشار إليه فى العقد وأديا مثلهما جاز :

(ويفسد) الصرف (بخيار الشرط والأجل) لإخلالها بالقبض (ويصح مع إسقاطهما فى المجلس) لزوال المانع وصح خيار رؤية وعيب فى مصوغ لانقد :

الواجبُ بالغصب لا مقصودا فلا يشترط له القبض اهـ وإنما ازمه الضمان من خلاف جنسه لئلا يلزم الربا لأن قيمته مصوغا أزيد من وزنه (قوله شرط التقابض) أى قبل الافتراق كما قيد به فى بعض النسخ . وفى البحر عن الذخيرة لو اشترى المودع الوديعة الدراهم بدنانير وافترقا قبل أن يجدد المودع قبضا فى الوديعة بطل الصرف ، بخلاف المغصوبة لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة اهـ (قوله لحرمة النساء) بالفتح أى التأخير فإنه يحرم بإحدى علتى الربا : أى القدر أو الجنس كما مر فى بابه (قوله فلو باع النقدين) تفريع على قوله والاشرط التقابض فإنه يفهم منه أنه لا يشترط التماثل ، وقيد بالنقدين لأنه لو باع فضة بفلوس فإنه يشترط قبض أحد البدلين قبل الافتراق لاقبضهما كما فى البحر عن الذخيرة . ونقل فى النهر عن فتاوى قارئ الهداية أنه لا يصح تأجيل أحدهما ثم أجاب عنه ، وقدمنا ذلك فى باب الربا ، وقدمنا هناك أنه أحد قولين فراجعه عند قول المصنف باع فلوسا بمثلها أو بدراهم الخ (قوله أحدهما بالآخر) احترازا عما لو باع الجنس بالجنس جزافا حيث لم يصح ما لم يعلم التساوى قبل الافتراق كما قدمناه (قوله جزافا) أى بدون معرفة قدر ، وقوله أو بفضل : أى بتحقق زيادة أحدهما على الآخر وسكت عن التساوى للعلم بصحته بالأولى (قوله والعوضان لا يتعينان) أى فى الصرف ما دام صحيحا أما بعد فساده فالصحيح التعيين كما فى الأشباه ، وقدمناه عنها فى أواخر البيع الفاسد ما تتعين فيه النقود وما لا تتعين (قوله حتى لو استقرضا الخ) صورته قال أحدهما للآخر بعتك درهما بدرهم وقبل الآخر ولم يكن عندهما شىء ثم استقرض كل منهما درهما من ثالث وتقابضا قبل الافتراق صح ، وكذا لو قال بعتك هذا الدرهم بهذا الدرهم وأمسك كل منهما درهمه قبل التسليم ودفع كل منهما درهما آخر قبل الافتراق ، ومثله كما فى الدرر ما لو استحق كل من العوضين فأعطى كل منهما صاحبه بدل ما استحق من جنسه (قوله وأديا مثلهما) ضمير مثلهما عائد على ما ، وثناه باعتبار المعنى (قوله ويفسد الصرف) أى فسادا من الأصل لأنه فساد مقترن بالعقد كما فى المحيط شرنبلالية (قوله لإخلالها بالقبض) لأن خيار الشرط يمتنع به استحقاق القبض ما بقى الخيار لأن استحقاقه مبنى على الملك والخيار يمنعه والأجل يمنع القبض الواجب درر (قوله ويصح مع إسقاطهما فى المجلس) هكذا فى الفتح وغيره ، والظاهر أن المراد إسقاطهما بنقد البدلين فى المجلس لابقولهما أسقطنا الخيار والأجل ، إذ بدون نقد لا يكفى وأنه لايلزم الجمع بين الفعل والقول ، ثم رأيت فى القهستانى قال : فلو تفرقا من غير تقابض أو من أجل أو شرط خيار فسد البيع ، ولو تقابضا فى الصور قبل التفرق انقلب صحيحا اهـ : ونحوه فى التتارخانية فافهم (قوله لزوال المانع) أى قبل تقرره درر (قوله فى مصوغ لانقد) فيه أن النقد يدخله خيار العيب كما ذكره المصنف فى قوله عقبه ظهر بعض الثمن زيوفا الخ .

وقال فى البحر : وأما خيار العيب فثابت فيه وأما خيار الرؤية فثابت فى العين دون الدين الخ . وفى الفتح : وليس فى الدراهم والدنانير خيار رؤية لأن العقد لاينفسخ بردها لأنه إنما وقع على مثلها ، بخلاف التبر والحلى والأوانى من الذهب والفضة لأنه ينتقض العقد برده لتعينه فيه الخ فكان الصواب أن يقول فى مصوغ لا خيار رؤية فى نقد

[فرع] الشرط الفاسد يلتحق بأصل العقد عنده خلافا لهما نهر .

(ظهر بعض الثمن زيوفا فرده ينتقض فيه فقط لا يتصرف فى بدل الصرف قبل قبضه) لوجوبه حقا لله تعالى

(فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها) قبل قبضها (ثوبا) مثلا (فسد بيع الثوب) والصرف بحاله :

(باع أمة تعدل ألف درهم مع طوق) فضة فى عنقها (قيمته ألف) إنما بين قيمتهما ليفيد انقسام الثمن على المثمن أو أنه غير جنس الطوق ، وإلا فالعبرة لوزن الطوق لا لقيمته فقدره مقابل به والباقى بالجارية (بألفين) متعلق بباع

(قوله الشرط الفاسد الخ) فى البحر لو تصارفا جنسا بجنس متساويا وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما الآخر شيئا أو حط عنه وقبله الآخر فسد البيع عنده : وعند أبى يوسف بطلا وصح الصرف : وعند محمد بطلت الزيادة وجاز الحط بمنزلة الهبة المستقبلة وهذا فرع اختلافهم فى أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد إذا ألحق به هل يلتحق ، لكن محمد فرق بين الزيادة والحط ، ولو زاد أو حط فى صرف بخلاف الجنس جاز إجماعا بشرط قبض الزيادة قبل الافتراق اه وانظر ما حررناه فى أول باب الربا (قوله ينتقض فيه فقط) أى ينفسخ الصرف فى المردود ويبقى فى غيره لارتفاع القبض فيه فقط درر :

وفى كافى الحاكم : اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا ، فإن كانا لم يتفرقا استبدله وإن كانا قد تفرقا رده عليه وكان شريكا فى الدينار بحصته : وهذا بمنزلة مالو نقده تسعة دراهم ثم فارقه اه ومقتضاه أنه بعد التفرق لا يتأتى الاستبدال فافهم (قوله لا يتصرف فى بدل الصرف قبل قبضه) أى بهبة أو صدقة أو بيع ، حتى لو وهبه البدل أو تصدق أو أبرأه منه ، فإن قبل بطل الصرف وإلا لا ، فإن البراءة ونحوها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد فتح ، وقيد بالتصرف لأن الاستبدال به صحيح كما مر (قوله فسد بيع الثوب) لأنه لو جاز سقط حق القبض المستحق لله تعالى فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين فتح . وعند زفر يصح البيع لأن الثمن فى بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لأن النقد لا يتعين ، وقواه فى الفتح .

ونازعه فى البحر بما اعترضه فى النهر . وأجاب عما فى الفتح بجواب آخر فراجعه ، وأطلق فساد البيع فشمل مالو كان الشراء من صاحبه أو من أجنبى كما فى الكافى (قوله والصرف بحاله) أى فيقبض بدله ممن عاقده معه فتح ، وهذا بخلاف مالو أبرأه أو وهبه وقبل فإن الصرف يبطل كما علمت (قوله باع أمة الخ) حاصل هذه المسائل أن الجمع بين النقود وغيرها فى البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابله من الثمن نهر (قوله قيمته ألف) كون قيمة الجارية مع الطوق متساويين ليس بشرط ، بل إذا بيع نقد مع غيره من جنسه لابد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه ، فلو قال مع طوق زنته ألف بألف ومائة لكان أولى نهر (قوله إنما بين قيمتهما الخ) أشار إلى ما اعترض به الزيلعى من أن فى عبارة المصنف تسامحا لأنه ذكر القيمة فى كل منهما ، ولا تعتبر القيمة فى الطوق وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بالجنس ، وكذا لا حاجة إلى بيان قيمة الجارية ، لأن قدر الطوق مقابل به والباقى بالجارية قلت قيمتها أو كثرت ، فلا فائدة فى بيان قيمتها إلا إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فحينئذ يفيد بيان قيمتها لأن الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما اه : وبه ظهر أن تقييد الشارح أولا الطوق بكوله فضة لا يناسب ما ذكره من الانقسام إلا أن يحمل الألف فى قوله قيمته ألف على أنه من الذهب : أى ألف مثقال ، لكن قوله أو أنه غير جنس الطوق ينافى ذلك ، وقد تبع فيه العينى : وصوابه إذا كان غير جنس الطوق فيوافق ما أجاب به الزيلعى ، لأن الانقسام المذكور إنما يكون عند اختلاف الجنس ، وبعد هذا يرد عليه كما قال ط إنه عند اختلاف الجنس لا تعتبر القيمة بل يشترط التقابض كما سيذكره فى الأصل الآتى .

(ونقد من الثمن ألفا أو باعها بألفين ألف نقد وألف نسيئة أو باع سيفا حليته خمسون ويخلص بلا ضرر) فباعه (بمائة ونقد خمسين فما نقد) فهو (ثمن الفضة سواء سكت أو قال خذ هذا من ثمنهما) تحريا للجواز، وكذا لو قال هذا المعجل حصة السيف لأنه اسم للحلية أيضا لدخولها فى بيعه تبعا، ولو زاد خاصة فسد البيع لإزالته الاحتمال

وفى المنح: ولو بيع المصوغ من الذهب أو المزركش منه بالدراهم فلا يحتاج إلى معرفة قدره، وهل هو أقل أو أكثر؟ بل يشترط القبض فى المجلس، فلو بيع بالذهب يحتاج الخ.

قلت: وقد يجاب بأن بيان القيمة له فائدة وإن اختلف الجنس وذلك عند استحقاق الطوق أو الجارية تأمل (قوله ألف نقد وألف نسيئة) قيد بتأجيل البعض، لأنه لو أجل الكل فسد البيع فى الكل عنده: وقالا فى الطوق فقط، وتمامه فى البحر: وذكر فى الدرر أنه لو نقد ألفا فى تأجيل الكل فهو حصة الطوق.

واعترضه فى الشرنبلالية بأنه فاسد من الأصل على قول الإمام فلا يحكم بصحته بنقد الألف بعده. وأجيب بأنه إذا نقد حصة الصرف قبل الافتراق يعود إلى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره كما مر فى اشتراط الأجل (قوله ويخلص بلا ضرر) الأولى إسقاطه كما فعل فى الكنز، وقد تبع المصنف فى ذكره الوقاية والدرر: واعترضهم فى العزمية وغيرها، وأيضا فلامعنى لكونه شرطا فى هذه المسألة لأن البيع صح فى الكل: وأجيب بأنه يفهم ماإذاتخلص يضرر بالأولى، نعم ذكره عندقوله الآتى فإن افترقا فى محله (قوله ونقدخمسين) أى والخمسون الباقية دين أو نسيئة ط.

مطلب يستعمل المثنى فى الواحد

(قوله تحريا للجواز) إذ الظاهر قصدهما الوجه المصحح، لأن العقد لايفيد تمام مقصودهما إلا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر: والظاهر يجب العمل به إلا إذا صرح بخلافه كما يأتى، وقوله خذ هذا من ثمنهما لايخالفه لأن المثنى استعمل فى الواحدأيضا كما فى قوله تعالى — يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان— وقوله تعالى — يامعشر الجن والإنس ألم يأتكم رسل منكم— والرسل من الإنس، وقوله تعالى— نسيا حوتهما — وقوله صلى الله عليه وسلم «إذا سافرتما فأذنا وأقيما» وتمامه فى الفتح: قال فى البحر: ونظيره فى الفقه إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا علق بإحداهما للإستحالة، بخلاف ماإذا لم يذكر المفعول به للإمكان (قوله لأنه اسم للحلية أيضاالخ) عبارات الزيلعى لأنهما شئ واحد اه وبه يظهرأنه فى مسألة الجارية المطوقة لو قال خذ هذا من ثمن الجارية يفسد البيع، وبه صرح فى النهر (قوله ولو زاد خاصة فسد البيع) أى بأن قال هذا المعجل حصة السيف خاصة. وعبارة المبسوط: انتقض البيع فى الحلية، وظاهره أنه يصح فى السيف دون الحلية: وعليه فكان المناسب أن يقول فسد الصرف، لكن هذا محمول على ماإذاكانت الحلية تتميز بلاضرر لإمكان التسليم، وبهذا الحمل وفق الزيلعى بين مافى المبسوط وبين مافى المحيط من أنه لوقال هذا من ثمن النصل خاصة، فإن لم يمكن التمييز إلابضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لأنه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع، وإن أمكن تمييزها بلا ضرر بطل الصرف اه: ولايخفى حسن هذا التوفيق لأنه إذا صح البيع والصرف مع ذكر النصل بجعل المنقود ثمنا للحلية التى لايمكن تمييزها إلا بضرر يلزم أن يصح مع ذكر السيف بالأولى، إذلاشك أن لفظ النصل أخص من لفظ السيف لأن السيف يطلق على النصل والحلية، وبه اندفع مافى البحر، نعم فى كلام الزيلعى نظر من وجه آخر بيناه فيما علقناه على البحر.

(فإن افترقا من غير قبض بطل فى الحلية فقط) وصح فى السيف (أن يخلص بلاضرر) كطوق الجارية (وإن لم يخلص إلا بضرر (بطل أصلا) والأصل أنه متى بيع نقد مع غيره كمفضض ومزركش بنقد من جنسه شرط زيادة الثمن ؛ فلو مثله أو أقل أو جهل بطل ولو بغير جنسه

[تنبيه] بقى مالو قال نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف فالمقبوض من ثمن الحلية كما فى الزيلعى : والظاهر حمله على ما إذا لم يمكن تمييزه بلا ضرر ، فلو أمكن فسد الصرف فى نصف الحلية ، يدل عليه ما فى كافى الحاكم ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا بعشرين درهما فنقده عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب ثم تفرقا وقد قبض القلب والثوب انتقض البيع فى نصف القلب . وأما فى السيف إذا سمى فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن نصل السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع اه تأمل ، وانظر ما علقناه على البحر (قوله وصح فى السيف) لعدم اشتراط قبض ثمنه فى المجلس نهر (قوله كطوق الجارية) الأولى كالجارية المطوقة لأنه إذا تخلص السيف عن حليته بلا ضرر يقدر على تسليمه فيصير كبيع الجارية مع طوقها (قوله بطل أصلا) أى بطل بيع الحلية والسيف لتعذر تسليم السيف بلا ضرر كبيع جذع من سقف نهر :

مطلب فى بيع المموه

[تتمة] قال فى كافى الحاكم : وإذا اشترى لجاما مموها بفضة بدراهم أقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التمويه لا يخلص ؛ ألا ترى أنه إذا اشترى الدار المموهة بالذهب بثمن مؤجل يجوز ذلك وإن كان ما فى سقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الذهب فى الثمن اه . والتمويه : الطلى : ونقل الخير الرملى نحوه عن المحيط ؛ ثم قال : وأقول يجب تقييد المسألة بما إذا لم تكثر الفضة أو الذهب المموه : أما إذا كثر بحيث يحصل منه شىء يدخل فى الميزان بالعرض على النار يجب حينئذ اعتباره ولم أره لأصحابنا : لكن رأيته للشافعية وقواعدنا شاهدة به فتأمل اه (قوله والأصل الخ) أشار به إلى فائدة قوله فباعه بمائة أى بثمن زائد على قدر الحلية التى من جنس الثمن ليكون قدر الحلية ثمنا لها والزائد ثمنا للسيف ، إذ لو لم تتحقق الزيادة بطل البيع : أما لو كان الثمن من خلاف جنسها جاز البيع كيفما كان لجواز التفاضل كما فى البحر ، ومقتضاه أن المؤدى من خلاف الجنس وإن قل يقع عن ثمن الحلية وغير المؤدى يكون ثمن النصل تحريا للجواز .

مطلب فى بيع المفضض والمزركش وحكم علم الثوب

(قوله كمفضض ومزركش) الأول ما رصع بفضة أو ألبس فضة كسرج من خشب ألبس فضة ، والثانى فى العرف هو المطرز بخيوط فضة أو ذهب ، وبه عبر فى البحر . وأما حلية السيف فتشمل ما إذا كانت الفضة غير ذلك كقبيعة السيف تأمل ، وخرج المموه كما علمت آنفا .

[تنبيه] لم يذكر حكم العلم فى الثوب . وفى الذخيرة : وإذا باع ثوبا منسوجا بذهب بالذهب الخالص لابد لجوازه من الاعتبار ، وهو أن يكون الذهب المنفصل أكثر ، وكان ينبغى أن يجوز بدونه لأن الذهب الذى نسج خرج عن كونه وزنيا ولذا لا يباع وزنا ، لكنه وزنى بالنص فلا يخرجه عن كونه مال ربا . ثم قال : وفى المنتقى أن فى اعتبار الذهب فى السقف روايتين فلا يعتبر العلم فى الثوب ، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يعتبر اه : وفى التتارخانية عن الغياثية : ولو باع دارا فى سقوفها ذهب بذهب ، فى رواية لا يجوز بدون الاعتبار لأن الذهب لا يكون تبعا ،

شرط التقابض فقط :

(ومن باع إناء فضة بفضة أو بذهب ونقد بعض ثمنه) فى المجلس (ثم افترقا صح فيما قبض واشتركا فى الإناء) لأنه صرف (ولا خيار للمشترى) لتعيبه من قبله بعدم نقده (بخلاف هلاك أحد العبدين قبل القبض) فيخير لعدم صنعه (وإذا استحق بعضه) أى الإناء (أخذ المشترى ما بقى بقسطه أو ردّ) لتعيبه بغير صنعه .

قلت : ومفاده تخصيص استحقاقه بالبينة لا بإقراره ، فليحرر (فإن أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد) اختلفوا متى ينفسخ البيع إذا ظهر الاستحقاق ، وظاهر الرواية أنه لاينفسخ مالم يفسخ وهو الأصح فتح

بخلاف علم الثوب والإبريسم فى الذهب فإنه لايعتبر لأنه تبع محض اه . وظاهر التعليل أن ذهب السقوف عين قائمة لامجرد تمويه ، ويدل عليه ماقدمناه آنفا عن الكافى من أن المموه لايعتبر لكونه لايخلص . وفى الهندية عن المحيط والدار فيها صفائح ذهب أو فضة ببيعها بجنسها كالسيف المحلى اه .

وحاصل هذا كله اعتبار المنسوج قولا واحدا واختلاف الرواية فى ذهب السقف والعلم وأن المعتمد عدم اعتباره فى المنسوج ، وقد علم بهذا أن الذهب إن كان عينا قائمة فى المبيع كمسامير الذهب ونحوها فى السقف مثلا يعتبر كطوق الأمة وحلية السيف ، ومثله المنسوج بالذهب فإنه قائم بعينه غير تابع ، بل هو مقصود بالبيع كالحلية والطوق ، وبه صار الثوب ثوبا ولذا يسمى ثوب ذهب ، بخلاف المموه لأنه مجرد لون لا عين قائمة ، وبخلاف العلم فى الثوب فإنه تبع محض فإن الثوب لا يسمى به ثوب ذهب . ولا يرد ما قدمه الشارح من أن الحلية تبع للسيف أيضا ، فإن تبعيتها له حيث دخولها فى مسماه عرفا سواء كانت فيه أو فى قرابه لكنها أصل من حيث قيامها بذاتها وقصدها بالشراء كطوق الجارية ، ولا كذلك علم الثوب لأن الشرع أهدر اعتباره حتى حل استعماله ، لكن ينبغى أنه لو زاد على أربعة أصابع أن يعتبر هنا أيضا ، هذا ما ظهر لى فى تحرير هذا المحل فتأمل .

(قوله شرط التقابض فقط) أى ولا يشترط تحقق زيادة الثمن كما قدمناه (قوله صح فيما قبض) لوجود شرط الصرف فيه نهر (قوله لأنه صرف) هذا علة العلة لأن علة الاشتراك بطلان البيع فيما لم يقبض لأنه صرف أو هو علة لقوله صح فيما قبض وما بعده ، والمراد أنه صرف كله كما فى الهداية . قال فى الكفاية : فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد ، بخلاف مسألتى الجارية مع الطوق والسيف مع الحلية فإن كل واحدة منهما صرف وبيع فإذا نقد بدل الصرف صح فى الكل (قوله لتعيبه من قبله) أى لتعيب الإناء بعيب الشركة من جهة المشترى بصنعه بسبب عدم نقده كل الثمن قبل الافتراق (قوله فيخير) أى فى أخذ الباقى (قوله وإذا استحق بعضه) أى وقد كان نقد كل الثمن (قوله لتعيبه بغير صنعه) لأن عيب الاشتراك كان موجودا عند البائع مقارنا للعقد (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل المذكور (قوله لا بإقراره) أى لو ادعى المستحق بعض الإناء فأقر له به المشترى لا يخير ، لأن الشركة ثبتت بصنعه . ولا يخفى أن النكول عن اليمين إن كان من البائع فهو كالبينة ، وإن كان من المشترى فهو فى حكم الإقرار منه ، ولذا لايرجع بالثمن على بائعه إذا نكل ، كما لو أقر كما مر فى بابه .

(قوله اختلفوا الخ) فإنه قيل إن العقد ينفسخ بقضاء القاضى للمستحق بالاستحقاق وهو رواية الخصاف ، وقيل لا ما لم يرجع المشترى على بائعه ، وقيل ما لم يأخذ المستحق العين ، وقيل ما لم يقض على البائع بالثمن . وفى الهداية أنه ظاهر الرواية ، وقدمنا تحرير الكلام على ذلك والتوفيق بينه وبين ما نقله عن الفتح فراجعه فى أول باب الاستحقاق ، وأشار الشارح إلى أن ما مشى عليه المصنف أحسن مما فى البحر عن السراج حيث قال فإن أجاز المستحق قبل أن يحكم له بالاستحقاق ، فإن مفهومه أنه ليس له الإجازة بعد الحكم بالاستحقاق لانفساخ العقد

(وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه له إذا لم يفترقا بعد الإجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فيعلق أحكام العقد به دون المجيز) حتى يبطل العقد بمفارقة العاقد دون المستحق جوهرة .

(ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ) المشترى (مابقى بقسطه بلا خيار) لأن التبعيض لايضرها (و) هذا (لو) كان الاستحقاق (بعد قبضها وإن قبل قبضها له الخيار) لتفرق الصفقة ، وكذا الدينار والدرهم جوهرة (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين) بصرف الجنس بخلاف جنسه (و) مثله (بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير) كذا (بيع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) وصح بيع درهم صحيح ودرهمين غلة) بفتح وتشديد : مايرده بيت المال ويقبله التجار (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) للمساواة وزنا

بالحكم ، وهذه رواية الخصاف كما علمت ، وهى خلاف ظاهر الرواية (قوله وكان الثمن له) أى للمستحق ، لأن البائع كان فضوليا فى بيع ما استحقه المستحق وتوقف على إجازته قبل الفسخ ، فإذا أجاز نفذ العقد وكان الثمن له (قوله إذا لم يفترقا) أى البائع والمشترى ، وهذا متعلق بقوله جاز العقد (قوله بعد الإجازة) كذا فى البحر عن السراج مع أن الذى فى الجوهرة وهى للحدادى صاحب السراج قبل الإجازة ، ويؤيده قوله فى السراج والجوهرة حتى لو افترق العاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد ، وإن فارقه المستحق قبل الإجازة والمتعاقدان باقيان فى المجلس صح العقد اهـ .

والحاصل أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيصير هذا الفضولى بعد الإجازة كأنه كان وكيلا بالبيع قبلها فإن حصل التقابض بينه وبين المشترى قبل الإفتراق نفذ العقد بالإجازة اللاحقة ، وإن افترقا قبل التقابض لا ينفذ العقد بها ، لأنه لو كان وكيلا حقيقة قبل العقد يفسد بالافتراق بلا قبض فكيف إذا صار وكيلا بالإجازة اللاحقة ؟ ثم إذا حصل التقابض قبل الافتراق والإجازة ثم أجاز نفذ العقد وإن افترقا بعد ، أما إذا أجاز قبل الافتراق والتقابض ، فلا بد من التقابض بعدها قبل الافتراق لفساد العقد بالافتراق بدون تقابض وإن أجاز قبله ، وعلى هذا يحمل كلام المصنف (قوله ولو باع قطعة نقرة) بضم النون ، وهى كما فى المغرب والقاموس : القطعة المذابة من الذهب أو الفضة ، وقبل الإذابة تسمى تبرا كما فى المصباح ، ويقال نقرة فضة على الإضافة للبيان كما فى المغرب (قوله لأن التبعيض لا يضرها) فلم يلزم عيب الشركة لإمكان أن يقطع حصته مثلا نهر (قوله لتفرق الصفقة) أى قبل تمامها ، بخلاف ما بعد القبض لتمامها بحر ، ويقال فيما إذا أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد ما قيل فى مسألة الإناء السابقة أفاده الشرنبلالى (قوله وكذا الدينار والدرهم) أى نظير النقرة لأن الشركة فى ذلك لا تعد عيبا كذا فى الكرخى منح عن الجوهرة : أى لو استحق بعضه لا يخير لأنه ليس عيبا ، قال ط لإمكان صرفه واستيفاء كل حقه من بدله (قوله بصرف الجنس بخلاف جنسه) أى تصحيحا للعقد : كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحا للعقد .

وفى الظهيرية عن المبسوط : باع عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد فى الدراهم ، ولو صرف الجنس إلى خلاف جنسه لم يبطل ، ولكن قبل فى العقود للتصحيح فى الابتداء ولا يحتاج للبقاء على الصحة اهـ بحر : أى لأن الفساد هنا عرض بالإفتراق قبل قبض (قوله وكذا بيع أحد عشر درهما الخ) فتكون العشرة بالعشرة والدرهم بالدينار ، وأردف هذه المسألة وإن علمت مما قبلها لبيان أن صرف الجنس إلى خلاف جنسه ، لا فرق فيه بين أن يوجد الجنسان فى كل من البدلين أو أحدهما أفاده فى النهر عن العناية (قوله بفتح وتشديد) أى بفتح العين المعجمة وتشديد اللام (قوله ما يرده بيت المال) أى لا لزيافتها بل لكونها قطعا عزمى عن النهاية . وفيه توفيق بين تفسيرها بما ذكر الشارح وتفسيرها بالدراهم المقطعة .

وعدم اعتبار الجودة (و) صح (بيع من عليه عشرة دراهم) دين (ممن هى له) أى من دائنه فصح بيعه منه (دينارا بها) اتفاقا ، وتقع المقاصة بنفس العقد إذ لاربا فى دين سقط (أو) بيعه (بعشرة مطلقة) عن التقييد بدين عليه (إن دفع)البائع (الدينار) للمشترى (وتقاصا العشرة) الثمن (بالعشرة) الدين أيضا استحسانا(وماغلب فضته وذهبه فضة وذهب)

مطلب فى حكم بيع فضة بفضة قليلة مع شىء آخر لإسقاط الربا

[تنبيه] فى الهداية : ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ومع أقلهما شىء آخر تبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهة ، وإن لم تبلغ فمع الكراهة ، وإن لم يكن له قيمة لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لايقابلها عوض فتكون ربا اه : وصرح فى الإيضاح بأن الكراهة قول محمد. وأما أبو حنيفة فقال لابأس . وفى المحيط : إنما كرهه محمد خوفا من أن يألفه الناس ويستعملوه فيما لايجوز وقيل لأنهما باشرا الحيلة لإسقاط الربا كبيع العينة فانه مكروه اه بحر .

وأورد أنه لوكان مكروها لزم أن يكره فى مسألة الدرهمين والدينار بدرهم وديتارين ولم يذكره . وأجيب عنه بجواب اعترضه فى الفتح ثم قال : وغاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا يفيده ، وينبغى أن يكون قول أبى حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف بلا ذكر خلاف اه ويأتى الكلام على بيع العينة آخر الباب وفى الكفالة إن شاء الله تعالى ، وانظر ما قدمناه قبيل الربا (قوله ممن هى له) متعلق ببيع (قوله فصح بيعه منه) هذا وإن علم لكن كرره ليبين أن قوله دينارا مفعول ببيع ،وكان الأوضح والأخصر للمصنف أن يقول وصح بيع دينار بعشرة عليه أو مطلقة ممن هى له. (قوله وتقع المقاصة بنفس العقد) أى بلا توقف على إرادتهما لها ، بخلاف المسألة الآتية ، ووجه الجواز أنه جعل ثمنه دراهم لايجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز إجماعا لأن التعيين للاحتراز عن الربا أى ربا النسيئة ولاربا فى دين سقط إنما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته ، ولذا لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الخطر (قوله إن دفع البائع الدينار) قيد فى الصورتين ط عن مكى (قوله وتقاصا العشرة) قيد فى الثانية فقط نهر (قوله بالعشرة الدين استحسانا) والقياس أن لايجوز ، وهو قول زفر لكونه استبدالا ببدل الصرف قبل قبضه وجه الاستحسان أنه بالتقابض انفسخ العقد الأول وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين لأنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى آخر ما اقتضاه ، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول كذا قالوا وتمامه فى النهر ، وأطلق فى العشرة الدين فشمل ما إذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده فى الأصح ، فإذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشترى أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى التراضى لأنه قد وجد منه القبض بحر ملخصا ، ولا يخفى أن هذا خاص بالصورة الثانية ، إذ فى المقيدة لايتصور أن يكون الدين حادثا لأن فرضها أن يبيع الدينار بعشرة عليه ، فما فى النهر من ذكر ذلك فى الأولى سبق قلم فتنبه .

ثم قال فى البحر : والحاصل أن الدين إذا حدث بعد الصرف ، فإن كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يتقاصا وإن حدث بالشراء بأن باع مشترى الدينار من بائع الدينار ثوبا بعشرة إن لم يجعلاه قصاصا لايصير قصاصا باتفاق الروايات ، وإن جعلاه ففيه روايتان ذخيرة .

حكما (فلا يصح بيع الخالص به ، ولا بيع بعضه ببعض إلا متساويا وزنا و) كذا (لايصح الاستقراض بها إلا وزنا) كمامر فى بابه (والغالب) عليه (الغش منهما فى حكم عروض) اعتبارا للغالب (فصح بيعه بالخالص إن كان الخالص أكثر) من المغشوش ليكون قدره بمثله والزائد بالغش كمامر (وبجنسه متفاضلا) وزنا وعددا بصرف الجنس لخلافه (بشرط التقابض) قبل الافتراق (فى المجلس) فى الصورتين

مطلب مسائل فى المقاصة

ومن مسائل المقاصة ما لو كان للمودع على صاحب الوديعة دين من جنسها لم تصر قصاصا به إلا إذا اتفقا عليه وكانت فى يده أو رجع إلى أهله فأخذها والمغصوب كالوديعة ، وكذلك لاتقع المقاصة ما لم يتقاصا لو كان الدينان من جنسين أو متفاوتين فى الوصف ، أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما غلة والآخر صحيحا كما فى الذخيرة . وإذا اختلف الجنس وتقاصا كما لو كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم مابقى منها ظهيرية ودين النفقة للزوجة لايقع قصاصا بدين للزوج عليها إلا بالتراضى ، بخلاف سائر الديون لأن دين النفقة أدنى ، فروق الكرابيسى اه ملخصا قال : وتقدم شىء من مسائل المقاصة فى باب أم الولد (قوله حكما) تمييز محول عن المبتدإ : أى حكم ما غلب فضته وذهبه حكم الفضة والذهب الخالصين وذلك لأن النقود لا تخلو عن قليل غش للانطباع وقد يكون خلقيا كما فى الردىء فيعتبر القليل بالردىء فيكون كالمستهلك ط (قوله الاستقراض بها) الأوضح استقراضه ط وبه عبر فى الملتقى (قوله كما مرفى بابه) لم أره صرح بذلك فى باب القرض (قوله فى حكم عروض) الأولى تعبير الكنز بقوله ليس فى حكم الدراهم والدنانير وذلك لأنه يجب فيها الاعتبار والتقابض ، ولا تتعين بالتعيين إن راجت (قوله اعتبارا للغالب) أى فى الصورتين (قوله إن كان الخالص أكثر من المغشوش) أى أكثر من الخالص الذى خالطه الغش . والأوضح أن يقول أكثر مما فى المغشوش :

قال فى الفتح : ولا يخفى أن هذا لا يتأتى فى كل دراهم غالبة الغش ، بل إذا كانت الفضة المغلوبة بحيث لاتتخلص من النحاس إذا أريد ذلك . أما إذا كانت بحيث لاتتخلص لقلتها بل تحترق لاعبرة بها أصلا بل تكون كالمموهة لا تعتبر ولا تراعى فيها شرائط الصرف وإنما هو كاللون ، وقدكان فى أوائل سبعمائة فى فضة دمشق قريب من ذلك . قال المصنف : أى صاحب الهداية ومشايخنا يعنى مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك أى بيعها بجنسها متفاضلا فى العدالى والغطارفة مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لأنها أعز الأموال فى ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا الصريح فإن الناس حينئذ يعتادون فى الأموال النفيسة فيتدرجون ذلك فى النقود الخالصة فمنع حسما لمادة الفساد اه : وفى البزازية والصواب أنه لا يفتى بالجواز فى الغطارفة لأنها أعز الأموال وعليه صاحب الهداية والفضلى (قوله كما مر) أى فى مسألة بيع الزيتون بالزيت بحر ، وهذه مرت فى باب الربا . ويحتمل كون التشبيه راجعا إلى ما فى المتن من اشتراط كون الخالص أكثر ، ومراده بما مر مسألة حلية السيف كما أفاده فى الهداية (قوله وزنا وعددا) أى على حسب حالها فى الرواج :

قال فى الهداية : ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد ، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيها إذا لم يكن نص اه ويأتى قريبا (قوله بصرف الجنس لخلافه) أى بأن يصرف فضة كل واحد منهما إلى غش الآخر (قوله فى الصورتين)

لضرر التمييز (وإن كان الخالص مثله) أى مثل المغشوش (أو أقل منه أولا يدرى فلا) يصح البيع للربا فى الأولين ولاحتماله فى الثالث (وهو) أى الغالب الغش (لايتعين بالتعيين إن راج) لثمنيته حينئذ (وإلا) يرج (تعين به) كسلعة وإن قبله البعض فكزيوف فيتعلق العقد بجنسه زيفا إن علم البائع بحاله وإلا فبجنسه جيد (و) صح (المبايعة والاستقراض بمايروج منه) عملا بالعرف فيما لانص فيه، فإن راج (وزنا) فيه (أو عددا) فيه (أو بهما) فبكل منهما (والمتساوى) غشه وفضته وذهبه (كغالب الفضة) والذهب (فى تبايع واستقراض) فلم يجز إلا بالوزن إلا إذا أشار إليهما

أى صورة بيعه بالخالص وصورة بيعه بجنسه (قوله لضرر التمييز) قال فى البحر: يشترط التقابض قبل الافتراق لأنه صرف فى البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين، ويشترط فى الغش أيضا لأنه لا يتميز إلا بضرر اه فالعلة المذكورة لاشتراط قبض الغش، فاشتراط قبضه لا للذاته بل لأنه لا يمكن فصله عن الخالص الذى فيه المشروط قبضه لذاته.

لايقال: إن النحاس الذى هو الغش موزون أيضا فقد وجد فيه القدر فيشترط قبضه لذاته أيضا. لأنا نقول وزن الدراهم غير وزن النحاس ونحوه فلم يجمعهما قدر وإلا لزم أن لايجوز بيع القطن ونحوه مما يوزن إلا إذا كان ثمنه من الدراهم مقبوضا فى المجلس لأن القدر يحرم النساء مع أنه يجوز السلم فيه كما مر فى بابه. ولا يخفى أن الغش لو كان فضة فى ذهب فالشرط قبض الكل للذاته لأنه صرف فى الكل (قوله وإن كان الخالص مثله الخ) محترز قوله إن كان الخالص أكثر:

وحاصله أن الصور أربعة: إما أن يكون الخالص أكثر أو مثله أو أقل أو لايدرى، فيصح فى الأولى فقط دون الثلاثة الباقية كما مر فى بيع السيف مع حليته (قوله أى مثل المغشوش) أى الذى اختلط بالغش (قوله فلا يصح البيع) أى لا فى الفضة ولا فى النحاس أيضا إذا كان لاتتخلص الفضة إلا بضرر فتح (قوله للربا فى الأولين) بزيادة الغش فى الأول وزيادته مع بعض الذهب أو الفضة فى الثانى ط (قوله ولا حتماله فى الثالث) وللشبهة فى الربا حكم الحقيقة ط (قوله لايتعين بالتعيين) فلو قال اشتريت بهذه الدراهم فله أن يمسكها ويدفع غيرها مثله (قوله لثمنيته حينئذ) أى حين إذ كان رائجا لأنه بالاصطلاح صار أثمانا، فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لاتبطل الثمنية لقيام المقتضى بحر، فلو هلك قبل القبض لايبطل العقد فتح (قوله تعين به) أى بالتعيين لأن هذه الدراهم فى الأصل سلعة وإنما صارت أثمانا بالاصطلاح، فإذا تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها بحر فيبطل العقد بهلاكها قبل التسليم، هذا إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل منهما أن الآخر يعلم، فإن كانا لايعلمان أو لايعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التى لاتروج فتح (قوله إن علم البائع بحاله) لأنه رضى بذلك وأدرج نفسه فى البعض الذين يقبلونها فتح (قوله وإلا) أى وإن كان لايعلم بحال هذه الدراهم أو باعه بها على ظن أنها جياد تعلق حقه بالجياد لعدم الرضا بها بحر (قوله بما يروج منه) أى من الذى غلب غشه (قوله عملا بالعرف الخ) الأولى ذكره بعد قوله فبكل منهما، لأن المراد أن اعتبار الوزن أو العدد أو كل منهما مبنى على ماهو المتعارف فيها من ذلك (قوله فيه) أى فالبيع والاستقراض بالوزن (قوله وذهبه) الأولى عطفه بأو (قوله فلم يجز إلا بالوزن) بمنزلة الدراهم الرديئة لأن الفضة فيها موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب الاعتبار بالوزن شرعا بحر (قوله إلا إذا أشار إليهما) أى إلى المتساوى وغالب الفضة أى فى المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها ولا يبطل البيع بهلاكها قبل القبض ويعطه مثلها لكونها ثمنا لم تتعين بحر، وأفاد أنه

كمافى الخلاصة (و) أما (فى الصرف) فى (كغالب غش) فيصح بالاعتبار المار (اشترى شيئا به) بغالب الغش وهو نافق (أو بفلوس نافقة فكسد) ذلك (قبل التسليم) للبائع (بطل البيع ، كما لو انقطعت) عن أيدى الناس فإنه كالكساد ، وكذا حكم الدراهم لو كسدت أو انقطعت بطل وصححاه بقيمة المبيع ، وبه يفتى رفقا بالناس بحر وحقائق (وحد الكساد أن تترك المعاملة بها فى جميع البلاد) فلو راجت فى بعضها لم يبطل

فى الاستقراض لايجوز إلا وزنا وإن أشار إليها (قوله كما فى الخلاصة) أى كما لو أشار إلى الدراهم الخالصة من الغش وعبارة النهر كما لو أشار إلى الجياد اه أى فإنه يجوز البيع بما أشار إليه منها بلا وزن أيضا (قوله فيصح بالاعتبار المار) أى إذا بيعت بجنسها بصرف الجنس إلى خلاف جنسه : أى بأن يصرف مافى كل منهما من الغش إلى مافى الآخر من الفضة كما مر فى الغالب غشه ، وظاهره جواز التفاضل هنا أيضا ، لكن قال الزيلعى : وفى الخانية إن كان نصفها صفرا ونصفها فضة لايجوز التفاضل ، فظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها ، وهو مخالف لما ذكرهنا ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة فى حق الصرف احتياطا اه وأقره فى البحر والنهر والمنح : وظاهره اعتماد مافى الخانية تأمل .

وقال الزيلعى : ولو باعها بالفضة الخالصة لايجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة لأنه لاغلبة لأحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما ، فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط اه وقوله لا غلبة لأحدهما أى لواحد من الغش والفضة التى فيه المساوية له (قوله وهو نافق) أى رائج من باب تعب (قوله فكسد) من باب قتل أى لم ينفق لقلة الرغبات فيه مصباح (قوله ذلك) أفاد به أن إفراد الضمير فى كسد باعتبار المذكور ، وفيه أن العطف بأو والأولى فيه الإفراد ط (قوله قبل التسليم للبائع) قيد به لأنه لو قبضها ولو فضوليا فيه فكسدت لايفسد البيع ولا شىء له نهر ، وسينبه عليه الشارح : وفى النهر أيضا وإن كان نقد بعض الثمن دون بعض فسد فى الباقى (قوله بطل البيع) أى ثبت للمشترى فسخه كما يأتى مع مافيه ، ووجه بطلانه عند الإمام كما فى الهداية أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح ولم يبق فبقى بيعا بلا ثمن فيبطل ، فإذا بطل يجب رد المبيع إن كان قائما ، وقيمته إن كان هالكا كما فى البيع الفاسد اه (قوله فإنه كالكساد) كذا فى البحر تبعا للزيلعى . وفى المضمرات : لو انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته فى آخر يوم انقطع هو المختار . وفى الذخيرة : الانقطاع كالكساد والأول أصح اه رملى عن المصنف (قوله وكذا حكم الدراهم) كذا فى البحر ولم أره لغيره وقال محشيه الرملى : أى الدراهم التى لم يغلب عليها الغش ، فاقتصار المصنف على غالب الغش والفلوس لغلبة الفساد فيهما دون الجيدة تأمل اه ملخصا .

قلت : لكن علمت أن بطلان البيع فى كساد غالب الغش والفلوس معلل عند الإمام ببطلان الثمنية فبقى بيعا بلا ثمن ، ولاشك أن الجياد لاتبطل ثمنيتها بالكساد لأن ثمنيتها بأصل الخلقة كما صرحوا به لا بالاصطلاح ، فلا وجه لبطلانه عنده بكساد الجياد ، فالظاهر أن مراد البحر بالدراهم غالبة الغش ، لكنه مكرر بما فى المتن تأمل .

ثم رأيت فى الفتح قال : ولأبى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لأن مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لابالخلقة ، بخلاف النقدين فإن ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح اه . نعم يمكن أن يجاب بأن هذا فى النقد الخالص والمغشوشة التى غلبت فضتها تخالفه ، لكن قد مر أنها كالخالصة لأن الفضة قلما تنطبع إلا بقليل غش .

والحاصل أن ماذكره فى البحر وتبعه الشارح يحتاج إلى نقل صريح أو يحمل على ماقلنا أولا فتأمل ، وانظر ماقدمناه أول البيوع عند قوله وبثمن حال ومؤجل (قوله وصححاه بقيمة المبيع) صوابه بقيمة الثمن سائحانى أو بقيمة

بل يتخير البائع لتعيبها (و) حد (الانقطاع عدم وجوده فى السوق وإن وجد فى أيدى الصيارفة) و (فى البيوت) كذا ذكره العينى وابن الملك بالعطف خلافا لما فى نسخ المصنف ، وقد عزاه للهداية ، ولم أره فيها ، والله أعلم . وفى البزازية لو راجت قبل فسخ البائع البيع عاد جائزا لعدم انفساخ العقد بلا فسخ ، وعليه فقول المصنف بطل البيع : أى ثبت للبائع ولاية فسخه ، والله الموفق (و) قيد بالكساد لأنه (لو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله) إجماعا ولا يتخير البائع (و) عكسه (لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ، ولا يتخير المشترى ويطالب بنقد ذلك العيار الذى كان) وقع (وقت البيع) فتح ، وقيد بقوله قبل التسليم ، لأنه (لو باع دلال) وكذا فضولى (متاع الغير بغير إذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل دفعها إلى رب المتاع لا يفسد

الهالك ط : قال فى الفتح : وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد لا يبطل . ثم اختلفوا فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع : قال فى الذخيرة : وعليه الفتوى لأنه مضمون بالبيع كقوله فى المغصوب إذا هلك عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب . وقال محمد : عليه قيمتها آخر ماتعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة . وفى المحيط والتتمة والحقائق به يفتى رفقا بالناس اه ونحوه فى البحر ، وبه تعلم مافى عبارة الشارح (قوله بل يتخير البائع لتعيبها) قال فى البحر وإن كانت تروج فى بعض البلاد لا يبطل لكنه تعيب إذا لم ترج فى بلدهم فيتخير البائع ، إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته اه . ومفاده أن التخيير خاص بما إذا كان الكساد فى بلد العقد (قوله خلافا لما فى نسخ المصنف) حيث قال فى البيوت بدون عطف (قوله لو راجت) أى بعد الكساد (قوله عاد جائزا) الأولى أن يقول بقى على الصحة بدليل التعليل أفاده ط (قوله أى ثبت للبائع ولاية فسخه) هذا تفسير المحذوف وهو مؤول وذلك المحذوف خبر المبتدإ وهو قول ثم إن ماذكره مأخوذ من البحر استدلالا بعبارة البزازية ، والظاهر أن مافيها مبنى على قول البعض : ففى الفتح : لو اشترى مائة فلس بدرهم فكسدت قبل القبض بطل البيع استحسانا لأن كسادها كهلاكها ، وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد . وقال بعض مشايخنا إنما يبطل العقد إذا اختار المشترى إبطاله فسخا لأن فسادها كعيب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشترى فيه الخيار ، والأول أظهر اه ومثله فى غاية البيان (قوله لو نقصت قيمتها) أى قيمة غالبة الغش ويعلم منه أنه لا يبطل فى غالبة الفضة بالأولى أفاده ط عن أبى السعود (قوله وعكسه) لاحاجة إليه (قوله ويطالب بنقد ذلك العيار) أى بدفع ذلك المقدار الذى جرى عليه العقد ولا ينظر إلى ما عرض بعده من الغلاء أو الرخص وهذا عزاه الشارح إلى الفتح ومثله فى الكفاية والظاهر أنه المراد مما نقله فى البحر عن الخانية والإسبيجابى من أنه يلزم المثل ولا ينظر إلى القيمة ، فمراده بالمثل المقدار تأمل وفيه عن البزازية والذخيرة والخلاصة عن المنتقى : غلب الفلوس القرض أو رخصت فعند الإمام الأول والثانى أولا ليس عليه غيرها وقال الثانى ثانيا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى : أى يوم البيع فى البيع ويوم القبض فى القرض ، ومثله فى النهر ، فهذا ترجيح لخلاف ما مشى عليه الشارح ، ورجحه المصنف أيضا كما قدمناه فى فصل القرض وعليه فلا فرق بين الكساد والرخص والغلاء فى لزوم القيمة (قوله وكذا فضولى) يعنى غير دلال ولا حاجة إليه ، لأن الدلال إذا باع بغير إذن كان فضوليا ولعله زاده لأن الدلال فى العادة يبيع بالإذن كما هو مقتضى اشتقاقه من الدلالة فإنه يدل البائع على المشترى أو بالعكس ليتوسط بينهما فى البيع فزاد قوله أو فضولى(١) ليناسب قول

---

(١) (قوله فزاد قوله أو فضولى) هكذا بخطه ، والأولى أن يقول فزاد قوله وكذا فضولى لأنه الموجود فى نسخ الشارح وليناسب صدر القولة اه مصححه .

البيع) لأن حق القبض له عينى وغيره (وصح البيع بالفلوس النافقة) وإن لم تعين كالدراهم (وبالكاسدة لاحتى يعينها) كسلع (ويجب) على المستقرض (رد) مثل (أفلس القرض إذا كسدت) وأوجب محمد قيمتها يوم الكساد وعليه الفتوى بزازية .

المصنف بغير إذنه ، ويشير إلى أنه لافرق بين كونه بالإذن أولا ولذا قال فى النهر قيدنا بعدم قبض البائع ، لأنه لو قبضها ولو فضوليا فكسدت لايفسد البيع ولا شىء (قوله عينى وغيره) اعترض بأن عبارة الفتح والعينى والخلاصة دلال باع متاع الغير بإذنه :

قلت : لكن الذى رأيته فى الفتح عن الخلاصة كعبارة المصنف . ولفظه : وفى الخلاصة عن المحيط : دلال باع متاع الغير بغير إذنه الخ نعم الذى فى العينى والبحر عن الخلاصة عن المحيط ، وكذا فى متن المصنف مصلحا بإذنه وهو المناسب لقوله لا يفسد البيع ولقوله لأن حق القبض له وعلى ما فى الفتح يكون المراد أن المالك أجاز البيع ليناسب ما ذكر تأمل (قوله وإن لم تعين) لأنها صارت أثمانا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت فى الذمة كالنقدين ، ولا تتعين وإن عينها كالنقد إلا إذا قالا أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق بها ، بخلاف ما إذا باع فلسا بفلسين بأعيانهما حيث يتعين بلا تصريح لئلا يفسد البيع بحر ، وهو ملخص من كلام الزيلعى (قوله حتى يعينها) لأنها مبيعة فى هذه الحالة والمبيع لابد أن يعين نهر (قوله كسلع) عبارة البحر لأنها سلع : وفى المصباح : السلعة البضاعة جمعها سلع كسدرة وسدر (قوله رد مثل أفلس القرض إذا كسدت) أى رد مثلها عددا عند أبى حنيفة بحر : وأما إذا استقرض دراهم غالبة الغش ، فكذلك فى قياس قوله قال أبو يوسف ولست أروى ذلك عنه ، ولكن لروايته فى الفلوس فتح : قال محشى مسكين : وانظر حكم ما إذا اقترض من فضة خالصة أو غالبة أو مساوية للغش ثم كسدت هل هو على هذا الاختلاف : أى بين الإمام وصاحبيه أو يجب رد المثل بالاتفاق اه :

قلت : ويظهر لى الثانى لما قدمناه قريبا ، ولما يأتى قريبا عن الهداية ولم يذكر الانقطاع : والظاهر أن الكلام فيه كما مر فى غالب الغش تأمل ، وفى حاشية مسكين أن تقييد الاختلاف فى رد المثل أو القيمة بالكساد يشير إلى أنها إذا غلت أو رخصت وجب رد المثل بالاتفاق ، وقد مر نظيره فيما إذا اشترى بغالب الغش أو بفلوس نافقة اه :

قلت : لكن قدمنا قريبا أن الفتوى على قول أبى يوسف ثانيا أن عليه قيمتها من الدراهم ، فلا فرق بين الكساد والرخص والغلاء عنده (قوله وأوجب محمد قيمتها يوم الكساد) وعند أبى يوسف يوم القبض . ووجه قول الإمام كما فى الهداية أن القرض إعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه : ولهما فى وجوب القيمة أنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثليا فانقطع اه : وفى الشرنبلالية عن شرح المجمع : محل الخلاف فيما إذا هلكت ثم كسدت أما لو كانت باقية عنده فإنه يرد عينها اتفاقا اه ومثله فى الكفاية .

قلت : ومفاد التعليل المذكور يخالفه فتأمل (قوله وعليه الفتوى بزازية) كذا فى الخانية والفتاوى الصغرى رفقا بالناس بحر :

وفى الفتح : وقولهما أنظر للمقرض من قوله لأن فى رد المثل إضرارا به ، وقول أبى يوسف أنظر له أيضا من قول محمد لأن قيمته يوم القرض أكثر منها يوم الانقطاع ، وقول محمد أنظر للمستقرض ، وقول أبى يوسف

وفى النهر وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر فى اختيار قولهما :

(اشترى) شيئا (بنصف درهم) مثلا (فلوس صح) بلا بيان عددها للعلم به (وعليه فلوس تباع بنصف درهم ، وكذا بثلث درهم أو ربعه ، وكذا لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس جاز) عند الثانى ، وهو الأصح للعرف كافى :

(ومن أعطى صيرفيا درهما) كبيرا (فقال أعطنى به نصف درهم فلوسا) بالنصب صفة نصف (ونصفا) من الفضة صغيرا (إلا حبة صح) ويكون النصف إلا حبة بمثله وما بقى بالفلوس ، ولو كرر لفظ نصف بطل فى الكل للزوم الربا .

أيسر لأن القيمة يوم القبض معلومة لايختلف فيها ويوم الانقطاع يعسر ضبطه فكان قول أبى يوسف أيسر فى ذلك اه ومثله فى الكفالة (قوله وفى النهر الخ) أصله لصاحب الفتح (قوله فى اختيار قولهما) أى بوجوب القيمة (قوله اشترى بنصف درهم فلوس) الظاهر أنه يجوز فى درهم عدم التنوين مضافا إلى فلوس على معنى من كإضافة خاتم حديد ، والتنوين مع رفع فلوس على أنه خبر مبتدإ محذوف : أى هو فلوس ويدل عليه قوله بعده أوبدرهمين فلوس فإنه لو كان مضافا وجب حذف نون التثنية أو جر فلوس على أنه بدل أو عطف بيان ويجوز نصبه على التمييز (قوله مثلا) الأولى حذفه للاستغناء عنه بقول المصنف بعد وكذا بثلث درهم أو ربعه وإن كان راجعا إلى قوله درهم فهو مستغنى عنه بقوله وكذا لو اشترى بدرهم فلوس الخ ط .

قلت : ولعله أشار إلى أن لفظ دينار كذلك (قوله للعلم به الخ) جواب عن قول زفر إنه لا يصح لأنه اشترى بالفلوس وهى تقدر بالعدد لا بالدراهم والدانق لأنه موزون فذكره لا يغنى عن العد فبقى الثمن مجهولا . والجواب أنه لما ذكر الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لايمكن علم أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم فأغنى عن ذكر العدد فلم تلزم جهالة الثمن كما أوضحه فى الفتح (قوله جاز عند الثانى الخ) قال فى البحر : قيد بما دون الدرهم لأنه لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس لايجوز عند محمد لعدم العرف . وجوزه أبو يوسف فى الكل للعرف وهو الأصح كذا فى الكافى والمجتبى اه فافهم (قوله بالنصب صفة نصف) تبع فى ذلك النهر : وفيه أن فلوسا اسم جامد غير مؤول فالمناسب أنه تمييز للعدد أو عطف بيان (قوله من الفضة صغيرا) الأولى أن يقول كما فى النهاية وغيرها درهما صغيرا يساوى نصفا إلا حبة وبه تظهر المقابلة لقوله كبيرا وعبارة الدرر أى ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم اه :

قلت : والأولى أن يقول على وزن نصف درهم إلا حبة لأن العادة ما يضرب من أنصاف الدرهم أو أرباعه نقص مجموعها عن الدرهم الكامل (قوله بمثله) أى مبيعا بمثله من الدرهم الكبير (قوله ولو كرر لفظ نصف) بأن قال أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة ، فعندهما جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى من النصف الآخر لأنه ربا : وعلى قياس قول الإمام بطل فى الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوى مقارن للعقد ، ولو كرر لفظ الإعطاء بأن قال وأعطنى بنصفه نصفا إلا حبة اختص الفساد بالنصف الآخر اتفاقا لأنهما بيعان لتعدد الصفقة ، وهذا هو المختار وتمامه فى الفتح .

والحاصل أنه فى صورة المتن صح البيع اتفاقا ، وفى صورة الشرح فسد فى الكل عنده ، وفى الفضة فقط عندهما ، وفى الأخيرة جاز فى الفلوس فقط كما فى البحر . قال ولم يذكر المصنف القبض قبل الافتراق للعلم مما قدمه :

(و) بما تقرر ظهر أن (الأموال ثلاثة) الأول (ثمن بكل حال وهو النقدان) صحبته الباء أولا ، قوبل بجنسه أولا (و) الثانى (مبيع بكل حال كالثياب والدواب ، و) الثالث (ثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات) فإن اتصل بها الباء فثمن وإلا فمبيع . وأما الفلوس فإن رائجة فكثمن وإلا فكسلع و الثمن (من حكمه عدم اشتراط وجوده فى ملك العاقد عند العقد وعدم بطلانه) أى العقد (بهلاكه) أى الثمن (ويصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم) لا فيهما (وحكم المبيع خلافه) أى الثمن (فى الكل)

وحاصله إن تفرقا قبل القبض فسد فى النصف إلا جهة لكونه صرفا لا فى الفلوس لأنها بيع ، فيكفى قبض أحد البدلين ، ولو لم يعطه الدراهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل فى الكل للافتراق عن دين بدين اه (قوله وبما تقرر) أى من أول البيوع إلى هنا ط (قوله مبيع بكل حال) أى قوبل بجنسه أولا دخلت عليه الهاء أولا .

مطلب فى بيان ما يكون مبيعا وما يكون ثمنا

وقد يقال فى بيع المقايضة كل من السلعتين مبيع من وجه وثمن من وجه ط .

قلت : المراد بالثمن هنا ما يثبت دينا فى الذمة وهذا ليس كذلك (قوله كالمثليات) أى غير النقدين وهى المكيل والموزون والعددى المتقارب (قوله فإن اتصل بها الباء فثمن) هذا إذا كانت غير متعينة ولم تقابل بأحد النقدين كبعتك هذا العبد بكر حنطة ، أما لو كانت متعينة وقوبلت بنقد فهى مبيعة كما فى درر البحار أول البيوع : وفى الشرنبلالية فى فصل التصرف فى المبيع معزيا للفتح : لو قوبلت بالأعيان وهى معينة فثمن اه أى كبعتك هذا العبد بهذا الكر أو هذا الكر بهذا العبد لأنه لم يقيده بدخول الباء عليها . وفى الفتح هذا وإن لم تعين : أى المثليات ، فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهى ثمن ، أى وإن لم يصحبها(١) حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهى مبيعة ، وهذا لأن الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة اه فالأول كما مثلنا والثانى كقولك اشتريت منك كر حنطة بهذا العبد فيكون الكر مبيعا ويشترط له شرائط السلم (قوله وإلا فمبيع) أى وإن لم يصحبها الباء فهى مبيع ، وهذا إذا لم يقابلها ثمن وهى غير متعينة كما علمته من كلام الفتح وتكون سلما كما قلنا ، وكذا لو قابلها ثمن بالأولى كاشتريت منك كر حنطة بمائة درهم ، وكذا لو كانت متعينة وقوبلت بثمن كما علمته من عبارة درر البحار :

والحاصل أن المثليات تكون ثمنا إذا دخلتها الباء ولم تقابل بثمن : أى بأحد النقدين سواء تعينت أولا ، وكذا إذا لم تدخلها الباء ولم تقابل بثمن وتعينت ، وتكون مبيعا إذا قوبلت بثمن مطلقا : أى سواء دخلتها الباء أولا تعينت أولا ، وكذا إذا لم تقابل بثمن ولم يصحبها الباء ولم تعين كبعتك كر حنطة بهذا العبد كما علم من عبارة الفتح الثانية (قوله وأما الفلوس الرائجة(٢)) يستفاد من البحر أنها قسم رابع حيث قال : وثمن بالاصطلاح ، وهو سلعة فى الأصل كالفلوس ، فإن كانت رائجة فهى ثمن وإلا فسلعة اه ط (قوله ويصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم) الأولى أن يقول ويصح التصرف به قبل قبضه فى غير الصرف والسلم ، لأن الاستبدال يصح فى بدل الصرف لأنه لا يتعين بالتعيين فلو تبايعا دراهم بدينار جاز أن يمسكا ما أشارا إليه فى العقد ويؤديا بدله قبل الافتراق

---

(١) (قوله أى وإن لم يصحبها الخ) الأنسب بكلام الشارح أن يقول أى وإن لم يتصل بها الخ اه مصححه .

(٢) (قوله وأما الفلوس الرائجة) هكذا بخطه ، والذى فى عدة من نسخ الشارح : وأما الفلوس فإن رائجة وليحرر اه مصححه .

فيشترط وجود المبيع فى ملكه وهكذا . ومن حكمهما وجوب التساوى عند المقابلة بالجنس فى المقدرات كما تقرر .
[تذنيب فى بيع العينة] ويأتى متنا فى الكفالة ، وبيع التلجئة ويأتى متنا فى الإقرار ، وهو أن يظهرا عقدا وهما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو وهو ليس ببيع فى الحقيقة بل كالهزل كما بسطته فى آخر شرحى على المنار

بخلاف التصرف به ببيع ونحوه قبل قبضه كما مر فى بابه وأوضحنا ذلك فى باب السلم فراجعه . قال فى الشرنبلالية فى باب التصرف فى المبيع قوله جاز التصرف فى الثمن قبل قبضه ، يستثنى منه بدل الصرف والسلم لأن للمقبوض من رأس مال السلم حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل قبضه لا يجوز ، وكذا فى الصرف . ويصح التصرف فى القرض قبل قبضه على الصحيح : والمراد بالتصرف نحو البيع والهبة والإجارة والوصية وسائر الديون كالثمن اهـ (قوله وهكذا) أى وتقول هكذا فى عكس باقى الأحكام المذكورة فى الثمن بأن تقول ويبطل البيع بهلاكه ولا يصح الاستبدال به (قوله ومن حكمهما) أى حكم الثمن والمبيع (قوله كما تقرر) أى فى باب الربا (قوله تذنيب) شبه هذه المسائل التى ذكرها فى آخر كتاب البيوع بذنب الحيوان المتصل بعجزه وجعل ذكرها فى آخره بمنزلة تعليق الذنب فى عجز الحيوان وفيه استعارة لا تخفى .

مطلب فى بيع العينة

(قوله فى بيع العينة) اختلف المشايخ فى تفسير العينة التى ورد النهى عنها. قال بعضهم : تفسيرها أن يأتى الرجل المحتاج إلى آخر ويستقرضه عشرة دراهم ولا يرغب المقرض فى الإقراض طمعا فى فضل لا يناله بالقرض فيقول لا أقرضك ولكن أبيعك هذا الثوب إن شئت باثنى عشر درهما وقيمته فى السوق عشرة ليبيعه فى السوق بعشرة فيرضى به المستقرض فيبيعه كذلك ، فيحصل لرب الثوب درهمان وللمشترى قرض عشرة . وقال بعضهم : هى أن يدخلا بينهما ثالثا فيبيع المقرض ثوبه من المستقرض باثنى عشر درهما ويسلمه إليه ثم يبيعه المستقرض من الثالث بعشرة ويسلمه إليه ثم يبيعه الثالث من صاحبه وهو المقرض بعشرة ويسلمه إليه ويأخذ منه العشرة ويدفعها للمستقرض فيحصل للمستقرض عشرة ولصاحب الثوب عليه اثنا عشر درهما كذا فى المحيط . وعن أبى يوسف : العينة جائزة مأجور من عمل بها ، كذا فى مختار الفتاوى هندية . وقال محمد : هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا . وقال عليه الصلاة والسلام «إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم» .
قال فى الفتح : ولا كراهة فيه إلا خلاف الأولى لما فيه من الإعراض عن مبرة القرض اهـ ط ملخصا (قوله ويأتى متنا فى الكفالة) وإنما نبه على ذكره هنا لأنه من أقسام البيوعات ، ونبه على أن بيانه سيأتى فى الكفالة .

مطلب فى بيع التلجئة

(قوله وبيع التلجئة) هى ما ألجىء إليه الإنسان بغير اختياره ، وذلك أن يخاف الرجل السلطان فيقول لآخر إنى أظهر أنى بعت دارى منك ، وليس ببيع فى الحقيقة وإنما هو تلجئة ويشهد على ذلك مغرب (قوله بل كالهزل) أى فى حق الأحكام والهزل كما فى المنار هو أن يراد بالشىء ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة ، وهو ضد الجد : وهو أن يراد ما وضع له أو ما صلح له وأنه ينافى اختيار الحكم والرضا به ، ولا ينافى الرضا بالمباشرة واختيار المباشرة فصار بمعنى خيار الشرط فى البيع ، وشرطه أن يكون صريحا مشروطا باللسان :

ونقلت عن التلويح أن الأقسام ثمانية وسبعون ، وعقد له قاضيخان فصلا آخر الإكراه ، ملخصه أنه بيع منعقد غير لازم كالبيع بالخيار ، وجعله الباقانى فاسدا ؛

أى بأن يقول إنى أبيع هازلا إلا أنه يشترط ذكره فى العقد، بخلاف خيار الشرط اهـ فالهزل أعم من التلجئة لأنه يجوز أن لا يكون مضطرا إليه وأن يكون سابقا ومقارنا ، والتلجئة إنما تكون عن اضطرار ولا تكون مقارنة كذا قيل ، والأظهر أنهما سواء فى الاصطلاح كما قال فخر الإسلام : التلجئة هى الهزل ، كذا فى جامع الأسرار على المنار للكاكى ؛

ثم اعلم أن التلجئة تكون فى الإنشاء وفى الإخبار كالإقرار ، وفى الاعتقاد كالردة. والأول قسمان : مايحتمل الفسخ ، ومالا كالطلاق والعتاق ، وقد بسط ذلك كله فى المنار ، والغرض الآن بيان الإنشاء المحتمل للفسخ كالبيع وهو ثلاثة أقسام لأنه إما أن يكون الهزل فى أصل العقد ، أو فى قدر الثمن ، أو جنسه . قال فى المنار فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع واتفقا على البناء : أى بناء العقد على المواضعة يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم فصار كالبيع بشرط الخيار المؤبد أى فلا يملك بالقبض وإن اتفقا على الإعراض: أى بان قالا بعد البيع قد أعرضنا وقت البيع عن الهزل إلى الجد فالبيع صحيح والهزل باطل ، وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شىء عند البيع من البناء والإعراض أو اختلفا فى البناء على المواضعة والإعراض عنها فالعقد صحيح عنده فى الحالين خلافا لهما، فجعل صحة الإيجاب أولى لأنها الأصل ، وهما اعتبرا المواضعة إلا أن يوجد مايناقضها: أى كما إذا اتفقا على البناء وإن كان ذلك أى المواضعة فى القدر : أى بأن اتفقا على الجد فى العقد بألف لكنهما تواضعا على البيع بألفين على أن أحدهما هزل ، فإن اتفقا على الإعراض عن المواضعة كان الثمن ألفين لبطلان الهزل بإعراضهما ، وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شىء من البناء والمواضعة أو اختلفا فالهزل باطل والتسمية للألفين صحيحة عنده . وعندهما العمل بالمواضعة واجب والألف الذى هزلا به باطل ، لما مر أن الأصل عنده الجد ، وعندهما المواضعة ؛ وإن اتفقا على البناء على المواضعة فالثمن ألفان عنده ، وإن كان ذلك الهزل فى الجنس: أى جنس الثمن بأن تواضعا على مائة دينار وإنما الثمن مائة درهم أو بالعكس فالبيع جائز بالمسمى فى العقد على كل حال بالإتفاق : أى سواء اتفقا على البناء أو على الإعراض ، أو على عدم حضور شىء منهما ، أو اختلفا فيهما اهـ موضحا من شرح الشارح عليه . ومن حواشينا على شرحه المسماة بنسمات الأسحار على إفاضة الأنوار ، وتمام بيان ذلك مبسوط فيها (قوله أن الأقسام ثمانية وسبعون) قال فى التلويح : لأن المتعاقدين إما أن يتفقا أو يختلفا ، فإن اتفقا ، فالاتفاق إما على إعراضهما ، وإما على بنائهما ، وإما على ذهولهما ، وإما على بناء أحدهما وإعراض الآخر أو ذهوله ، وإما على إعراض أحدهما وذهول الآخر ، فصور الاتفاق ستة ؛ وإن اختلفا فدعوى أحد المتعاقدين تكون ، إما إعراضهما ، وإما بناؤهما ، وإما ذهولهما ، وإما بناؤه مع إعراض الآخر أو ذهوله ، وإما إعراضه مع بناء الآخر أو ذهوله ، وإما ذهوله مع بناء الآخر أو إعراضه تصير تسعة ، وعلى كل تقدير من التقادير التسعة يكون اختلاف الخصم بأن يدعى إحدى الصور الثمانية الباقية فتصير أقسام الاختلاف اثنين وسبعين من ضرب التسعة فى الثمانية اهـ . وهى مع الست صور الاتفاق ثمانية وسبعون ؛

قلت : وقد أوصلتها فى حاشيتى على شرح المنار للشارح إلى سبعمائة وثمانين ، ولم أر من أوصلها إلى ذلك فراجعها هناك وامنحنى بدعاك (قوله ملخصه أنه بيع منعقد غير لازم) لم يصرح فى الخانية بذلك ، وإنما ذكر أن التلجئة على ثلاثة أوجه كما قدمناه . ثم قال فى الأول : وهو ماإذا كانت فى نفس العقد لو تصادقا على المواضعة

ولو ادعى أحدهما بيع التلجئة وأنكر الآخر فالقول لمدعى الجد بيمينه ، ولو برهن أحدهما قبل ، ولو برهنا فالتلجئة ، ولو تبايعا فى العلانية ، إن اعترفا ببنائه على التلجئة فالبيع باطل لاتفاقهما أنهما هزلا به وإلا فلازم ، ولو لم تحضرهما نية فباطل على الظاهر منية .

قلت : ومفاده أنهما لو تواضعا على الوفاء قبل العقد ثم عقدا خاليا عن شرط الوفاء فالعقد جائز ولا عبرة للمواضعة ،

فالبيع باطل : وعنه فى رواية أنه جائز ، ولو تصادقا أن البيع كان تلجئة ثم أجازاه صحت الإجازة ، كما لو تبايعا هزلا ثم جعلاه جدا يصير جدا ، وإن أجاز أحدهما لايصح ؛ وفى بيع التلجئة إذا قبض المشترى العبد المشترى وأعتقه لايجوز إعتاقه ، وليس هذا كبيع المكره لأن بيع التلجئة هزل ، وذكر فى الأصل أن بيع الهازل باطل ، أما بيع المكره ففاسد اه ملخصا ، ولعل الشارح فهم أنه منعقد غير لازم من قوله ثم أجازاه صحت الإجازة ، لكن ينافيه التصريح بأنه باطل ، فإن أريد بالباطل الفاسد نافاه التصريح بأنه إذا قبض العبد لايصح إعتاقه : أى لأنه لايملك بالقبض كمامر مع أن الفاسد يملك به .

وقد يقال إن صحة الإجازة مبنية على أنها تكون بيعا جديدا فلاتنافى كونه باطلا ، وحينئذ فلايصح قوله إنه بيع منعقد غير لازم ، إلا أن يجاب بأن قوله باطل : بمعنى أنه قابل للبطلان عند عدم الإجازة ، والأحسن ما أجبنا به فى أول البيوع من أنه فاسد كما صرح به الأصوليون ، لأن الباطل ماليس منعقدا أصلا وهذا منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال دون وصفه لعدم الرضا بحكمه كالبيع بشرط الخيار أبدا ولذا لم يملك بالقبض ، وليس كل فاسد يملك بالقبض ؛ كما لو اشترى الأب شيئا من ماله لطفله أو باعه له كذلك فاسدا لايملكه بالقبض حتى يستعمله كما فى المحيط وقدمنا هناك تمام الكلام على ذلك ، والله تعالى هو الموفق للصواب (قوله ولو ادعى أحدهما الخ) هذا أيضا مذكور فى الخانية سوى قوله ولو لم تحضرهما نية الخ (قوله فالقول لمدعى الجد) لأنه الأصل (قوله ولو برهن أحدهما قبل) الأظهر قول الخانية : ولو برهن مدعى التلجئة قبل لأن مدعى الجد لايحتاج إلى برهان كما علمت ، لأن البرهان يثبت خلاف الظاهر (قوله فالتلجئة) أى لأنها خلاف الظاهر (قوله فالبيع باطل) أى فاسد كما علمت ، فإن نقضه أحدهما انتقض لا إن أجازه : أى بل يتوقف على إجازتهما جميعا لأنه كخيار الشرط لهما وإن أجازه جاز بقيد كونها فى ثلاثة أيام عنده ومطلقا عندهما ، كذا فى التحرير (قوله وإلا) بأن اتفقا بعد البيع على أنهما أعرضا وقته عن المواضعة (قوله ولو لم تحضرهما نية فباطل الخ) مثله فى المؤيدية عن القنية حيث قال : وإن تصادقا على أنهما لم تحضرهما نية عند العقد ففى ظاهر الجواب البيع باطل ؛ وروى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أن البيع صحيح اه . والأول قولهما كمامر عن المنار ، ورجحه أيضا المحقق ابن الهمام فى التحرير ، وأقره تلميذه ابن أميرحاج فى شرحه وجعل المحقق مثله ما إذا اختلفا فى الإعراض والبناء : أى بأن قال أحدهما بنينا العقد على المواضعة وقال الآخر على الجد فلا يصح أيضا عندهما . ثم قال : ولو قال أحدهما أعرضت والآخر لم يحضرنى شىء أو بنى أحدهما وقال الآخر لم يحضرنى شىء فعلى أصله عدم الحضور كالإعراض : أى فيصح ، وعلى أصلهما كالبناء أى فلا يصح (قوله ومفاده الخ) أى مفاد قوله وإلا فلازم ، لكن إنما يتم هذا المفاد إذا قصدا إخلاء العقد عن شرط الوفاء . أما لو لم تحضرهما نية فقد علمت أنه باطل ، وهذا المفاد صرح به فى جامع الفصولين حيث قال : لوشرطا التلجئة فى البيع فسد البيع ، ولو تواضعا قبل البيع ثم تبايعا بلا ذكر شرط فيه جاز البيع عند أبى حنيفة إلا إذا تصادقا أنهما تبايعا على تلك المواضعة ، وكذا لوتواضعا الوفاء قبل البيع ثم عقدا بلا شرط الوفاء فالعقد جائز ،

وبيع الوفاء ذكرته هنا تبعا للدرر . صورته أن يبيعه العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين ، وسماه الشافعية بالرهن المعاد ، ويسمى بمصر ببيع الأمانة ، وبالشام ببيع الإطاعة ، قيل هو رهن فتضمن زوائده ، وقيل بيع يفيد الانتفاع به . وفى إقالة شرح المجمع عن النهاية : وعليه الفتوى ،

ولا عبرة للمواضعة السابقة اه : وفى البزازية : وإن شرطا الوفاء ثم عقدا مطلقا إن لم يقرا بالبناء على الأول فالعقد جائز ، ولا عبرة بالسابق كما فى التلجئة عند الإمام ، وقوله فالعقد جائز أى بناء على قول أبى حنيفة المذكور ، ولا يخفى أن الشارح مشى على خلافه ، وعليه فالمناسب أن يقول فالعقد غير جائز (قوله ذكرته هنا تبعا للدرر) وذكره فى البحر فى باب خيار الشرط ، وذكر فيه ثمانية أقوال ، وعقد له فى جامع الفصولين فصلا مستقلا هو الفصل الثامن عشر ، وذكره فى البزازية فى الباب الرابع فى البيع الفاسد ، وذكر فيه تسعة أقوال ، وكتب عليه أكثر من نصف كراسة :

مطلب فى بيع الوفاء

ووجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدا بالوفاء من المشترى بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن ، وبعض الفقهاء يسميه البيع الجائز ، ولعله مبنى على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ المشترى أكل ريعه ، وبعضهم يسميه بيع المعاملة : ووجهه أن المعاملة ربح الدين وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه (قوله وصورته الخ) كذا فى العناية . وفى الكفاية عن المحيط : هو أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بمالك علىّ من الدين على أنى متى قضيته فهو لى اه : وفى حاشية الفصولين عن جواهر الفتاوى : هو أن يقول بعت منك على أن تبيعه منى متى جئت بالثمن فهذا البيع باطل وهو رهن ، وحكمه حكم الرهن وهو الصحيح اه .

فعلم أنه لا فرق بين قوله على أن ترده علىّ أو على أن تبيعه منى (قوله بيع الأمانة) وجهه أنه أمانة عند المشترى بناء على أنه رهن أى كالأمانة (قوله بيع الإطاعة) كذا فى عامة النسخ ، وفى بعضها بيع الطاعة ، وهو المشهور الآن فى بلادنا . وفى المصباح : أطاعه إطاعة : أى انقاد له ، وأطاعه طوعا من باب قال لغة ، وانطاع له انقاد : قالوا : ولا تكون الطاعة إلا عن أمر كما أن الجواب لا يكون إلا عن قول ، يقال أمره فأطاع اه ووجهه حينئذ أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلا بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد (قوله قيل هو رهن) قدمنا آنفا عن جواهر الفتاوى أنه الصحيح .

قال فى الخيرية : والذى عليه الأكثر أنه رهن لا يفترق عن الرهن فى حكم من الأحكام . قال السيد الإمام : قلت للإمام الحسن الماتريدى : قد فشا هذا البيع بين الناس ، وفيه مفسدة عظيمة ، وفتواك أنه رهن وأنا أيضا على ذلك فالصواب أن نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظهره بين الناس ، فقال المعتبر اليوم فتوانا وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله اه :

قلت : وبه صدر فى جامع الفصولين فقال رامزا لفتاوى النسفى : البيع الذى تعارفه أهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن فى الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه ، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه لو بقى ولا يضمن الزيادة وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن فى حكم من الأحكام اه ثم نقل ما مر عن السيد الإمام :

وفى جامع الفصولين : ولو بيع كرم بجنب هذا الكرم فالشفعة للبائع لا للمشترى لأن بيع المعاملة وبيع التلجئة حكمهما حكم الرهن وللرهن حق الشفعة وإن كان فى يد المرتهن اه (قوله وقيل بيع يفيد الانتفاع به) هذا

وقيل إن بلفظ البيع لم يكن رهنا : ثم إن ذكرا الفسخ فيه أو قبله أو زعماه غير لازم كان بيعا فاسدا ، ولو بعده على وجه الميعاد جاز ولزم الوفاء به ، لأن المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس ، وهو الصحيح كما فى الكافى والخانية وأقره خسرو هنا والمصنف فى باب الإكراه وابن الملك فى باب الإقالة بزيادة . وفى الظهيرية : لو ذكر الشرط بعد

محتمل لأحد قولين ، الأول أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه . قال الزيلعى فى الإكراه وعليه الفتوى . الثانى القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد فى حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح فى حق بعض الأحكام : كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن فى حق البعض حتى لم يملك المشترى بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما : قال فى البحر : وينبغى أن لا يعدل فى الإفتاء عن القول الجامع . وفى النهر والعمل فى ديارنا على ما رجحه الزيلعى (قوله لم يكن رهنا) لأن كلا منهما عقد مستقل شرعا لكل منهما أحكام مستقلة اه درر ط (قوله ثم إن ذكر الفسخ فيه) أى شرطاه فيه وبه عبر فى الدرر ط وكذا فى البزازية (قوله أو قبله) الذى فى الدرر بدل هذا أو تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء اه ط ومثله فى البزازية (قوله جاز) مقتضاه أنه بيع صحيح بقرينة مقابلته لقوله كان بيعا فاسدا ، والظاهر أنه مبنى على قولهما بأن ذكر الشرط الفاسد بعد العقد لا يفسد العقد فلا ينافى ما بعده عن الظهيرية (قوله ولزم الوفاء به) ظاهره أنه لا يلزم الورثة بعد موته كما أفتى به ابن الشلبى معللا بانقطاع حكم الشرط بموته لأنه بيع فيه إقالة وشرطها بقاء المتعاقدين ، ولأنه بمنزلة خيار الشرط وهو لا يورث اه .

قلت : وهذا ظاهر على هذا القول بأنه بيع صحيح لا يفسده الشرط اللاحق فلا ينافى ما يأتى عن الشرنبلالية .

هذا وفى الخيرية فيما لو أطلق البيع ولم يذكر الوفاء إلا أنه عهد إلى البائع أنه إن أوفى مثل الثمن يفسخ البيع معه : أجاب : هذه المسألة اختلف فيها مشايخنا على أقوال ، ونص فى الحاوى الزاهدى أن الفتوى فى ذلك أن البيع إذا أطلق ولم يذكر فيه الوفاء إلا أن المشترى عهد إلى البائع أنه إن أوفى مثل ثمنه فإنه يفسخ معه البيع يكون باتا حيث كان الثمن ثمن المثل أو بغبن يسير اه وبه أفتى فى الحامدية أيضا ، فلو كان بغبن فاحش مع علم البائع به فهو رهن ، وكذا لو وضع المشترى على أصل المال ربحا : أما لو كان بمثل الثمن أو بغبن يسير بلا وضع ربح فبات ، لأنا إنما نجعله رهنا بظاهر حاله أنه لا يقصد البات عالما بالغبن أو مع وضع الربح أفاده فى البزازية وذكر أنه مختار أئمة خوارزم ، وذكر فى موضع آخر أنه لو آجره من البائع قال صاحب الهداية : الإقدام على الإجارة بعد البيع دل على أنهما قصدا بالبيع الرهن لا البيع فلا يحل للمشترى الانتفاع به اه : واعترضه فى نور العين بأن دلالة ذلك على قصد حقيقة البيع أظهر .

قلت : وفيه نظر ، فإن العادة الفاشية قاضية بقصد الوفاء كما فى وضع الربح على الثمن ولا سيما إذا كانت الإجارة من البائع مع الربح أو نقص الثمن (قوله لأن المواعيد قد تكون لازمة) قال فى البزازية فى أول كتاب الكفالة إذ كفل معلقا بأن قال إن لم يؤد فلان فأنا أدفعه إليك ونحوه يكون كفالة لما علم أن المواعيد باكتساء صور التعليق تكون لازمة فإن قوله أنا أحج لا يلزم به شىء ولو علق وقال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزم الحج (قوله بزيادة وفى الظهيرية الخ) يعنى أن ابن ملك أقره أيضا وزاد عليه قوله وفى الظهيرية الخ أى مقترنا بهذه

العقد يلتحق بالعقد عند أبي حنيفة ولم يذكر أنه فى مجلس العقد أو بعده . وفى البزازية :ولو باعه لآخر باتا توقف على إجازة مشتريه وفاء ولو باعه المشترى فللبائع أو ورثته حق الاسترداد ، وأفاد فى الشرنبلالية أن ورثة كل من البائع والمشترى تقوم مقام مورثها نظرا لجانب الرهن فليحفظ ، ولو استأجره بائعه لايلزمه أجرلأنه رهن حكما حتى لايحل الانتفاع به :

قلت : وفى فتاوى ابن الجلبى : إن صدرت الإجارة بعد قبض المشترى المبيع وفاء ولو للبناء وحده فهى صحيحة

الزيادة فلفظ زيادة مصدر وما بعده جملة أريد بها لفظها فى محل نصب مفعول المصدر (قوله يلتحق بالعقد عند أبى حنيفة) فيصير بيع الوفاء كأنه شرط فى العقد فيأتى فيه خلاف أنه رهن أو بيع فاسد أو بيع صحيح فى بعض الأحكام، وقدمنا فى البيع الفاسد ترجيح قولهما بعدم التحاق الشرط المتأخر عن العقدبه (قوله ولم يذكرأنه فى مجلس العقد أو بعده) أى فيفهم أنه لايشترط له المجلس : وفى جامع الفصولين اختلف فيه المشايخ ، والصحيح أنه لايشترط اه ومثله فى البزازية (قوله ولو باعه) أى البائع ، وقوله توقف الخ أى على القول بأنه رهن ، وهل يتوقف على بقية الأقوال المارة محل تردد (قوله فللبائع أو ورثته حق الاسترداد) أى على القول بأنه رهن ،وكذا على القولين القائلين بأنه بيع يفيد الانتفاع به فإنه لايملك بيعه كما قدمناه (قوله وأفاد فى الشرنبلالية الخ) ذكره بحثا وقوله نظرا لجانب الرهن يفيد أنه لايخالف ،اقدمناه عن ابن الشلبى فافهم ، وهذا البحث مصرح به فى البزازية حيث قال فى القول الأول إنه رهن حقيقة : باع كرمه وفاء من آخر وباعه المشترى بعد قبضه من آخر باتا وسلمه وغاب فللبائع الأول استرداده من الثانى لأن حق الحبس وإن كان للمرتهن ، لكن يد الثانى مبطلة فللمالك أخذملكه من المبطل فإذا حضر المرتهن أعاد يده فيه حتى يأخذ دينه ، وكذا إذا مات البائع والمشترى الأول والثانى فلورثة البائع الأول الأخذ من ورثة المشترى الثانى ولورثة المرتهن إعادة يدهم إلى قبض دينه اه (قوله لايلزم الأجر الخ)أفتى به فى الحامدية تبعا للخيرية فإنه قال فى الخيرية: ولا تصح الإجارة المذكورة ولا تجب فيها الأجرة على المفتى به سواء كانت بعد قبض المشترى الدار أم قبله .

مطلب باع داره وفاء ثم استأجر

قال فى النهاية : سئل القاضى الإمام الحسن الماتريدى عمن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشترى مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزمه الأجر فقال لا لأنه عندنا رهن والراهن إذا استأجر الرهن من المرتهن لايجب الأجر اه . وفى البزازية : فإن آجر المبيع وفاء من البائع ، فمن جعله فاسدا قال لاتصح الإجارة ولا يجب شىء ، ومن جعله رهنا كذلك ، ومن أجازه جوز الإجارة من البائع وغيره وأوجب الأجرة ، وإن آجره من البائع قبل القبض . أجاب صاحب الهداية أنه لايصح ، واستدل بما لو آجر عبدا اشتراه قبل قبضه أنه لاتجب الأجرة وهذا فى البات فما ظنك بالجائز اه فعلم به أن الإجارة قبل التقابض لاتصح على قول من الأقوال الثلاثة اه مافى الخيرية. وفيها أيضا : وأما إذا آجره المشترى وفاء بإذن البائع فهو كإذن الراهن للمرتهن بذلك : وحكمه أن الأجرة للراهن وإن كان بغير إذنه يتصدق بها أو يردها على الراهن المذكور وهو أولى صرح به علماؤنا اه :

قلت : وإذا آجره بإذنه يبطل الرهن كما ذكره فى حاشيته على الفصولين (قوله ولو للبناء وحده) أى ولو كان البيع وفاء للبناء وحده كالقائم فى الأرض المحتكرة (قوله فهى صحيحة) أى بناء على القول بجواز البيع كما علمت

والأجرة لازمة للبائع طول مدة التآجز انتهى فتنبه ؛

قلت : وعليه فلو مضت المدة وبقى فى يده فأفتى علماء الروم بلزوم أجر المثل ويسمونه بيع الاستغلال وفى الدرر صح بيع الوفاء فى العقار استحسانا. واختلف فى المنقول . وفى الملتقط والمنية اختلفا أن البيع باتاأو وفاء جد أوهزل القول لمدعى الجد والبتات إلا بقرينة الهزل والوفاء :

قلت : لـكنه ذكر فى الشهادات أن القول لمدعى الوفاء استحسانا كما سيجىء فليحفظ ؛ولو قال البائع بعتك بيعا باتا فالقول له

فإنه يملك الانتفاع به ، وقد علمت ترجيح القول بأنه رهن وأنه لاتصح إجارته من البائع (قوله لازمة للبائع) اللام بمعنى على: أى على البائع ، أو للتقوية لـكن العامل اسم فاعل فهى زائدة(قوله وعليه) أى على القول بصحة الإجارة (قولهبلزوم أجر المثل)هذا مشكل ، فإن من آجر ملـكه مدة ثم انقضت وبقى المستأجرساكنا لايلزمه أجرة إلا إذا طالبه المالك بالأجرة فإذا سكن بعد المطالبة يكون قبولا للاستئجار كما ذكروه فى محله ،وهذا فى الملك الحقيقى فما ظنك فى المبيع وفاء مع كون المستأجر هو البائع ، نعم قالوا بلزوم الأجرة فى الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال ولعل ماذكره مبنى على أنه صار معدا للاستغلال بذلك الإيجار كما يشير إليه قوله ويسمونه بيع الاستغلال ، وفيه نظر فليتأمل . وعلى كل فهذا مبنى على خلاف الراجح كما علمت(قوله واختلف فى المنقول) قال فى البزازية بعد كلام ولهذا لم يصح بيع الوفاء فى المنقول وصح فى العقار باستحسان بعض المتأخرين . ثم قال فى موضع آخر : وفى النوازل جوز الوفاء فى المنقول أيضا اھ . والظاهر أن الخلاف فيه على القول بجواز البيع كمايفيده قوله وصح فى العقار الخ أما على القول بأنه رهن فينبغى عدم الخلاف فى صحته (قوله القول لمدعى الجد والبتات) لأنه الأصل فى العقود (قوله إلا بقرينة) هى مايأتى من نقصان الثمن كثيرا (قوله أن القول لمدعى الوفاء) فى جامع الفصولين برمز شيخ الإسلام برهان الدين: ادعى البائع وفاء والمشترى باتا أو عكسا ، فالقول لمدعى البات ،وكنت أفتى فى الابتداء أن القول لمدعى الوفاء ،وله وجه حسن إلا أن أئمة بخارى هكذا أجابوا فوافقتهم اھ . وفى حاشيته للرملى بعد كلام نقله عن الخانية وغيرها قال فظهر به وبقوله كنت أفتى الخ أن المعتمد فى المذهب أن القول لمدعى البات منهما وأن البينة بينة مدعى الوفاء منهما .

مطلب قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح

وقد ذكر المسألة فى جواهر الفتاوى وذكر فيها اختلافا كثيرا واختلاف تصحيح ، ولـكن عليك بما فى الخانية فإن قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح اھ وبهذا أفتى فى الخيرية أيضا .

قلت : لـكن قوله هنا استحسانا يقتضى ترجيح مدعى الوفاء فينبغى تقييده بقيام القرينة ثم راجعت عبارة الملتقط فرأيته ذكر الاستحسان فى مسألة الاختلاف فى البينة ، فإنه قال فى الشهادات: وإن ادعى أحدهما بيعا باتا والآخر بيع الوفاء وأقاما البينة كانوا يفتون أن البات أولى ثم أفتوا أن بيع الوفاء أولى وهذا استحسان اھولا يخفى أن كلام الشارح فى الاختلاف فى القول مع أنه فى الملتقط قال فى البيوع : ولو قال المشترى اشتريته باتا وقال البائع بعته ببيع الوفاءفالقول قول من يدعى البتات،وكان يفتى فيما مضى أن القول قول الآخر وهو القياس اھ فتحصل من عبارتى الملتقط أن الاستحسان فى الاختلاف فى البينة ترجيح بينة الوفاء وفى الاختلاف فى القول ترجيح قول مدعى البتات ، وهذا الذى حرره الرملى فيما مر فتدبر ، وبه ظهر أن ماذكره الشارح سبق قلم فافهم (قوله ولو قال البائع الخ) هذه العبارة بعينها ذكرها فى الملتقط عقب عبارته التى ذكرناها عنه فى البيوع ،

إلا أن يدل على الوفاء بنقصان الثمن كثيرا إلا أن يدعي صاحبه تغير السعر . وفي الأشباه في أواخر قاعدة العادة محكمة عن المنية : لو دفع غزلا إلى حائك لينسجه بالنصف جوّزه مشايخ بخارى للعرف ، ثم نقل في آخرها عن إجارة البزازية أن به أفتى مشايخ بلخ وخوارزم وأبو علي النسفي أيضا . قال : والفتوى على جواب الكتاب للطحان لأنه منصوص عليه ، فيلزم إبطال النص . وفيها من البيع الفاسد : القول السادس في بيع الوفاء إنه صحيح لحاجة الناس فرارا من الربا . وقالوا : ما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه ، ثم قال :

والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولكن أفتى كثير باعتباره ، فأقول على اعتباره : ينبغي أن يفتى بأن ما يقع في بعض الأسواق من خلوّ الحوانيت لازم ويصير الخلو في الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره ولو كانت وقفا ، وكذا أقول على اعتبار العرف الخاص قد تعارف الفقهاء النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها فينبغي الجواز ، وأنه لو نزل له وقبض منه المبلغ ثم أراد الرجوع لا يملك ذلك ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

وهي تفيد تقييد الاستحسان ، وهو كون القول لمدعي البتات بما إذا لم تقم القرينة على خلافه ، وهذا مؤيد لما بحثناه آنفا ولكن في التعبير مساهلة ، فإنه كان ينبغي أن يقول ولو قال المشتري اشتريت باتا الخ لأنه هو الذي يدعي البتات عند نقصان الثمن كثيرا بخلاف البائع (قوله إلا أن يدل على الوفاء بنقصان الثمن كثيرا) وهو ما لا يتغابن فيه الناس جامع الفصولين .

قلت : وينبغي أن يزاد هنا ما مر في الوعد بالوفاء بعد البيع من أنه لو وضع على المال ربحا يكون ظاهرا في أنه رهن ، وما قاله صاحب الهداية من أن الإقدام على الإجارة بعد البيع دل على أنهما قصدا بالبيع الرهن لا البيع (قوله إلا أن يدعي)أي مع البرهان (قوله وفي الأشباه الخ) المقصود من هذه العبارة بيان حكم العرف العام والخاص وأن العام معتبر ما لم يخالف نصا ، وبه يعلم حكم بيع الوفاء وبيع الخلو لابتنائهما على العرف .(قوله بالنصف) أي نصف ما ينسجه أجرة على النسج (قوله ثم نقل) أي صاحب الأشباه (قوله والفتوى على جواب الكتاب) أي المبسوط للإمام محمد وهو المسمى بالأصل لأنه مذكور في صدر عبارة الأشباه أفاده ط (قوله للطحان) أي لمسألة قفيز الطحان ، وهي كما في البزازية أن يستأجر رجلا ليحمل له طعاما أو يطحنه بقفيز منه فالإجارة فاسدة ويجب أجر المثل لا يتجاوز به المسمى (قوله لأنه منصوص) أي عدم الجواز منصوص عليه بالنهي عن قفيز الطحان ودفع الغزل إلى حائك في معناه .

قال البيري : والحاصل أن المشايخ أرباب الاختيار اختلفوا في الإفتاء في ذلك . قال في العتابية : قال أبو الليث النسج بالثلث والربع لا يجوز عند علمائنا ، لكن مشايخ بلخ استحسنوه وأجازوه لتعامل الناس ، قال وبه نأخذ . قال السيد الإمام الشهيد : لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ وإنما نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الأول فيكون ذلك دليلا على تقرير النبي صلى الله عليه وسلم إياهم على ذلك فيكون شرعا منه ، فإذا لم يكن كذلك لا يكون فعلهم حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون إجماعا والإجماع حجة ، ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل اهـ (قوله وفيها) أي في البزازية وهو من كلام الأشباه (قوله فرارا من الربا) لأن صاحب المال لا يقرض إلا بنفع والمستقرض محتاج فأجازوا ذلك لينتفع المقرض بالمبيع وتعارفه الناس ، لكنه مخالف للنهي عن بيع وشرط ، فلذا رجحوا كونه رهنا (قوله فأقول على اعتباره الخ) قدمنا الكلام على مسألة الخلو أول البيوع فراجعه (قوله وكذا أقول الخ)

قلت : وأيده فى زواهر الجواهر بمافىواقعات الضريرى : رجل فى يده دكان فغاب فرفع المتولىأمره للقاضى فأمره القاضى بفتحه وإجارته ففعل المتولى ذلك وحضر الغائب فهو أولى بدكانه ، وإن كان له خاو فهو أولى بخلوه أيضا ، وله الخيار فى ذلك ، فإن شاء فسخ الإجارة وسكن فى دكانه ، وإن شاء أجازها ورجع بخلوه على المستأجر ويؤمر المستأجر بأداء ذلك إن رضى به وإلا يؤمر بالخروج من الدكان ، والله أعلم اه بلفظه .

كتاب الكفالة

مناسبتها للبيع لكونها فيه غالبا ولكونها بالأمر معاوضة انتهاء (هى) لغة الضم ، وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه وتثليث الفاء . وشرعا (ضم ذمة) الكفيل (إلى ذمة) الأصيل (فى المطالبة مطلقا) بنفس أو بدين أو عين كمغصوب ونحوه كما سيجىء لأن المطالبة تعم ذلك ومن عرفها بالضم فى الدين إنما أراد تعريف نوع منها

قدمنا أيضا هناك الكلام على هذه المسألة ، وذكرنا أيضا عن الحموى أن مانقله عن واقعات الضريرى ليس فيه لفظ الخلو ، وبسطنا الكلام هناك فراجعه فإنه تكفل بالمقصود ، والحمد لله ذى الفضل والجود .

كتاب الكفالة

(قوله لكونها فيه غالبا) الأولى حذف اللام ط والأولى أيضا كونها عقبه غالبا . قال فى الفتح : أوردها عقب البيوع لأنها غالبا يكون تحققها فى الوجود عقب البيع فإنه قد لايطمئن البائع إلى المشترى فيحتاج إلى من يكفله بالثمن ، أولا يطمئن المشترى إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله فى المبيع وذلك فى السلم ، فلما كان تحققها فى الوجود غالبا بعدها أوردها فى التعليم بعدها (قوله ولكونها الخ) عبارة الفتح : ولها مناسبة خاصة بالصرف ، وهى أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت فى الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ، ثم لزم تقديم الصرف لكونه من أبواب البيع السابق على الكفالة (قوله هى لغة الضم) قال تعالى ـ وكفلها زكريا ـ أى ضمها إلى نفسه . وقال عليه الصلاة والسلام « أنا وكافل اليتيم كهاتين » أى ضام اليتيم إلى نفسه . وفى المغرب : وتركيبه يدل على الضم والتضمين (قوله كفلته وكفلت به وعنه) أى يتعدى بنفسه وبالباء وبعن . وفى القهستانى : يتعدى إلى المفعول الثانى فى الأصل بالباء ، فالمكفول به الدين ثم يتعدى بعن للمديون وباللام للدائن (قوله وتثليث الفاء) مقتضاه أن ابن القطاع حكاه وليس كذلك . وعبارة البحر : قال فى المصباح : كفلت بالمال وبالنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا والاسم الكفالة ، وحكى أبو زيد سماعا من العرب من بابى تعب وقرب ، وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه إذا تحملت به اه ح (قوله ضم ذمة الكفيل) الذمة وصف شرعى به الأهلية لوجوب ماله وعليه ، وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التى لها عهد ، والمراد بها العهد ، فقولهم فى ذمته أى فى نفسه باعتبار عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل ، كذا فى التحرير نهر (قوله بنفس) متعلق بمطالبة ح (قوله أو بدين أو عين) زاد بعضهم رابعا وهو الكفالة بتسليم المال ، ويمكن دخوله فى الدين ط

قلت : وكذا بتسليم عين غير مضمونة كالأمانة وسيأتى تحقيق ذلك كله (قوله كمغصوب ونحوه) أى من كل مايجب تسليمه بعينه ، وإذا هلك ضمن مثله أو قيمته ، كالمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم عمدا احترازا عن المضمون بغيره كالمرهون وغير المضمون أصلا كالأمانة فلا تصح الكفالة بأعيانها (قوله كما سيجىء) أى فى كفالة المال ح (قوله لأن المطالبة تعم ذلك) أى المذكور من الأقسام الثلاثة ، وهو تعليل لتفسير الإطلاق بها وتمهيد لقوله وبه يستغنى الخ (قوله ومن عرفها بالضم فى الدين الخ) اعلم أنه اختلف فى تعريف

وهو الكفالة بالمال ، لأنه محل الخلاف

الكفالة فقيل إنها الضم فى المطالبة كما مشى عليه المصنف وغيره من أصحاب المتون ، وقيل الضم فى الدين فيثبت بها دين آخر فى ذمة الكفيل ويكتفى باستيفاء أحدهما ، ولم يرجح فى المبسوط أحد القولين ، لكن فى الهداية وغيرها الأول أصح ، ووجهه كما فى العناية أنها كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ، وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة ويلزم أن يصير الدين الواحد دينين اه وفيه نظر ، إذ من عرفها بالضم فى الدين إنما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال . وأما الكفالة بالنفس وبالأعيان فهى فى المطالبة اتفاقا ، وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما فى تعريف واحد ، وأفرد تعريف الكفالة بالمال لأنه محل الخلاف نهر :

وحاصله أن كون تعريفها بالضم فى المطالبة أعم لشموله الأنواع الثلاثة لا يصلح توجيها لكونه أصح من تعريفها بالضم فى الدين ، لأن المراد به تعريف نوع منها وهو كفالة الدين . أما النوعان الآخران فمتفق على كون الكفالة بهما كفالة بالمطالبة ، ولا يمكن الجمع بين الكفالة بالأول والكفالة بالآخرين فى تعريف واحد لأن الضم فى الدين غير الضم فى المطالبة . ثم لا يخفى أن تعريفها بالضم فى الدين يقتضى ثبوت الدين فى ذمة الكفيل كما صرح به أولا ، ويدل عليه أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وما أورد عليه من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين دفعه فى المبسوط بأنه لا مانع لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن كلا ضامن للقيمة ، وليس حق المالك إلا فى قيمة واحدة لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا ، لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره ، لكن المختار الأول ، وهو أن الضم فى مجرد المطالبة لا الدين ، لأن اعتباره فى ذمتين ، وإن أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب هنا ، لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين فى الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو فى ذمة الموكل كذا فى الفتح ، وكذا الوصى والولى والناظر يطالبون بما لزم دفعه ولا شىء فى ذمتهم كما فى البحر ، وذكر أنهم لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة ، فإن الاتفاق على أن الدين لا يستوفى إلا من أحدهما وأن الكفيل مطالب وأن هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الأصيل ، ولو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه لا يصح . ويمكن أن تظهر فيما إذا حلف الكفيل أن لا دين عليه فيحنث على الضعيف لا على الأصح اه :

قلت : يظهر لى الاتفاق على ثبوت الدين فى ذمة الكفيل أيضا بدليل الاتفاق على هذه المسائل المذكورة ، ولأن اعتباره فى ذمتين ممكن كما علمت ، وماذكر من هذه المسائل موجب لذلك الاعتبار ، ولو كانت ضما فى المطالبة فقط بدون دين لزم أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس لما كان كفيلا بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته مع أن المصرح به أن المال يحل بموت الكفيل وأنه يؤخذ من تركته ولأن الكفيل يصح أن يكفله عند الطالب كفيل آخر بالمال المكفول به ، فإذا أدى الآخر المال إلى الطالب لم يرجع به على الأصيل بل يرجع على الكفيل الأول ، فإن أدى إليه رجع الأول على الأصيل لو الكفالة بالأمر نص عليه فى كافى الحاكم ، ويشهد لذلك فروع أخر ستظهر فى محالها . وعلى هذا فمعنى كون التعريف الأول أصح شموله أنواع الكفالة الثلاثة ، بخلاف التعريف الثانى كما مر عن العناية . والجواب بأنه إنما أراد تعريف نوع منها لا يدفع الإيراد لأنه لم يعرف النوعين الآخرين فكان ، وهما اختصاصها بذلك النوع فقط ، هذا ما ظهر لى فتدبره (قوله وهو الكفالة بالمال) أراد بالمال الدين وإلا فهو يشمل العين مقابل الدين اه ح (قوله لأنه محل الخلاف) بيان

وبه يستغنى عما ذكره منلا خسرو (وركنها إيجاب وقبول) بالألفاظ الآتية ولم يجعل الثانى الثانى ركنا (وشرطها كون المكفول به) نفسا أو مالا (مقدور التسليم) من الكفيل فلم تصح بحد وقود (وفى الدين كونه صحيحا قائما) لاساقطا بموته مفلسا، ولا ضعيفا كبدل كتابة ونفقة زوجة قبل الحكم بها، فما ليس دينا بالأولى نهر

لوجه اقتصاره على تعريف كفالة الدين فقط، ولا يخفى أن التعريف يذكر للتعليم والتفهيم فى ابتداء الأبواب فلابد من التنبيه على مايوقع فى الاشتباه فكان عليه أن يذكر تعريف النوعين الآخرين كما قلنا آنفا (قوله وبه) أى بما ذكر من تعميم المطالبة (قوله يستغنى عما ذكره منلا خسرو) أى صاحب الدرر: قال فى النهر: وبه استغنى عما فى نكاح الدرر من تعريفها بضم ذمة إلى ذمة فى مطالبة النفس أو المال أو التسليم مدعيا أن قولهم والأول أصح لاصحة له فضلا عن كونه أصح، لأنهم قسموها إلى كفالة فى المال والنفس ثم إن تقسيمهم يشعر بانحصارها مع أنهم ذكروا فى أثناء المسائل مايدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بالتسليم اه، وأنت قد علمت ماهو الواقع اه أى من أن ماعرف به هو مرادهم لأن المطالبة تشمل الأنواع الثلاثة، فليس فيما قاله زيادة على ماأرادوه غير التصريح به فافهم (قوله وركنها إيجاب وقبول) فلا تتم بالكفيل وحده مالم يقبل المكفول له أو أجنبى عنه فى المجلس رملى (قوله ولم يجعل الثانى) أى أبو يوسف، وقوله الثانى: أى القبول وهو بالنصب على أنه مفعول يجعل، وقوله ركنا مفعوله الآخر أى فجعلها تتم بالإيجاب وحده فى المال والنفس. واختلف على قوله، فقيل تتوقف على إجازة الطالب، فلو مات قبلها لايؤاخذ الكفيل، وقيل تنفذ وللطالب الرد كما فى البحر وهو الأصح كما فى المحيط أى الأصح من قوليه نهر: وفى الدرر والبزازية: وبقول الثانى يفتى. وفى أنفع الوسائل وغيره: الفتوى على قولها، وسيأتى تمامه عند قوله ولاتصح بلا قبول الطالب فى مجلس العقد (قوله نفسا أو مالا) الأولى إسقاطه ليأتى له التفريع بقوله فلم تصح بحد وقود فإنهما ليسا بنفس ولا مال إن أريد الضمان بهما. أما إذا أريد الضمان بنفس من هما عليه فإن الكفالة حينئذ تكون جائزة كما سيذكره المصنف، نعم يشترط كون النفس مقدورة التسليم، إذ لاشك أن كفالة الميت بالنفس لاتصح، لأنه لو كان حيا ثم مات بطلت كفالة النفس، وكذا لوكان غائبا لايدرى مكانه فلا تصح كفالته بالنفس كما فى جامع الفصولين:

وعبارة البحر عن البدائع: وأما شرائط المكفول به: فالأول أن يكون مضمونا على الأصيل دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا، ولكن يشترط فى العين أن يكون مضمونة بنفسها. الثانى أن يكون مقدور التسليم من الكفيل، فلا تجوز بالحدود والقصاص. الثالث أن يكون الدين لازما وهو خاص بالكفالة بالمال، فلا تجوز الكفالة ببدل الكتابة (قوله وفى الدين كونه صحيحا) هو مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كما سيأتى متنا وسيذكر الشارح هناك استثناء الدين المشترك والنفقة وبدل السعاية وأفاد أنه لا يشترط أن يكون معلوم القدر كما فى البحر وسيأتى أيضا مع بيانه (قوله لاساقطا الخ) محترز قوله قائما فلا تصح كفالة ميت مفلس بدين عليه كما سيذكره المصنف (قوله ولا ضعيفا) محترز قوله صحيحا (قوله كبدل كتابة) لأنه يسقط بالتعجيز:

مطلب فى كفالة نفقة الزوجة

(قوله ونفقة زوجة الخ) عبارة النهر: وينبغى أن يكون من ذلك الكفالة بنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو الرضا لما قدمناه من أنها لا تصير دينا إلا بهما، وبدل الكتابة دين إلا أنه ضعيف، ولا تصح الكفالة به، فما ليس دينا أولى اه:

وبه يظهر ما فى عبارة الشارح من الخفاء فكان عليه أن يقول ولا ضعيفا كبدل كتابة فما ليس دينا كنفقة زوجة قبل القضاء أو الرضا بالأولى. ولا يخفى أنها حيث لم تصر دينا لا تكون من أمثلة الدين الساقط فافهم. ثم

(وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) بما هو على الأصيل نفسا أو مالا (وأهلها من هو أهل للتبرع) فلا تنفذ من صبي ولا مجنون إلا إذا استدان له وليه وأمره أن يكفل المال عنه فتصح ويكون إذنا فى الأداء محيط ، ومفاده أن الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاها لطولب الولى نهر ، ولا من مريض إلا من الثلث ، ولا من عبد ولو مأذونا فى التجارة ، ويطالب بعد العتق

ظاهر كلام النهر أنها لو صارت دينا بالقضاء بها أو بالرضاء تصير دينا صحيحا مع أنه ليس كذلك لسقوطها بالموت أو الطلاق إلا إذا كانت مستدانة بأمر القاضى ، لكن غير المستدانة مع كونها دينا غير صحيح تصح الكفالة بها استحسانا : فهى مستثناة من هذا الشرط كما سينبه عليه الشارح عند قول المصنف إذا كان دينا صحيحا ، بل ذكر بعده بأسطر عن الخانية : لو كفل لها رجل بالنفقة أبدا مادامت الزوجية جاز ، وكذا ذكر قبيل الباب الآتى جواز الكفالة بها إذا أراد زوجها السفر ، وعليه الفتوى مع أنها لم تصر دينا أصلا لأن النفقة لم تجب بعد ، فيحمل ما ذكره هنا تبعا للنهر على النفقة الماضية لأنها تسقط بالمضى قبل القضاء أو الرضا فلا تصح الكفالة بها والفرق بين الماضية والمستقبلة أن الزوجة مقصرة بتركها بدون قضاء أو رضا إلى أن سقطت بالمضى ، بخلاف المستقبلة فتدبر (قوله وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) أى ثبوت حق المطالبة متى شاء الطالب ، سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا فتح :

وذكر فى الكفاية أن اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب براءة الآخر ما لم توجد حقيقة الاستيفاء فلذا يملك مطالبة كل منهما ، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اه وقدمناه أيضا (قوله بما هو على الأصيل) الأولى بما وقعت الكفالة به عن الأصيل ، لأن الأصيل عليه تسليم نفسه أو تسليم المال ، والكفيل بالنفس ليس عليه تسليم المال ولأن الكفيل لو تعدد لا يلزمه إلا بقدر ما يخصه كنصف الدين لو كانا اثنين أو ثلثه لو ثلاثة ما لم يكفلوا على التعاقب فيطالب كل واحد بكل المال كما ذكره السرخسى (قوله نفسا أو مالا) شمل المال الدين والعين ، وينبغى أن يزيد أو فعلا ؛ كما لو كفل تسليم الأمانة أو تسليم الدين كما سيأتى بيانه ، والمراد بالعين المضمونة بنفسها كالمغصوب كما مر (قوله فلا تنفذ من صبى ولا مجنون) أى ولو الصبى تاجرا ، وكذا لا تجوز له إلا إذا كان تاجرا وأما الكفالة عنه فهى لازمة للكفيل يؤخذ بها ، ولا يجبر الصبى على الحضور معه إلا إذا كانت بطلبه وهو تاجر أو بطلب أبيه مطلقا ، فإن تغيب فله أخذ الأب بإحضاره أو تخليصه ، والوصى كالأب ولو كفل بنفس الصبى ؛ على أنه إن لم يواف به فعليه ما ذاب عليه جازت كفالة النفس ، وما قضى به على أبيه أو وصيه لزم الكفيل ، ولا يرجع على الصبى إلا إذا أمره الأب أو الوصى بالضمان اه ملخصا من كافى الحاكم (قوله إلا إذا استدان له وليه) أى من له ولاية عليه من أب أو وصى لنفقة أو غيرها مما لا بد له منه (قوله وأمره أن يكفل المال عنه) قيد بالمال احترازا عن النفس لأن ضمان الدين قد لزمه أى لزم الصبى من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيدا فلم يكن متبرعا فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا به فلم يجز بحر عن البدائع (قوله ويكون إذنا فى الأداء) لأن الوصى ينوب عنه فى الأداء فإذا أمره بالضمان فقد أذن له فى الأداء فيجب عليه الأداء نهر عن المحيط (قوله ولولاها لطولب الولى) أى فقط (قوله ولا من مريض إلا من الثلث) لكن إذا كفل لوارث أو عن وارث لا تصح أصلا ، ولو كان عليه دين محيط بماله بطلت ، ولو كفل ولا دين عليه ثم أقر بدين محيط لأجنبى ثم مات فالمقر له أولى بتركته من المكفول ؛ وإن لم يحط ، فإن كانت الكفالة تخرج من ثلث مابقى بعد الدين صحت كلها وإلا فبقدر الثلث وإن أقر المريض أن الكفالة كانت فى صحته لزمه الكل فى ماله إن لم تكن لوارث أو عن وارث ، وتمامه فى الفصل التاسع عشر من التتارخانية (قوله ولا من عبد) أى

إلا إن أذن له المولى ، ولا من مكاتب ولو بإذن المولى (والمدعى) وهو الدائن (مكفول له والمدعى عليه) وهو المديون (مكفول عنه) ويسمى الأصيل أيضا (والنفس أو المال المكفول مكفول به ومن لزمته المطالبة كفيل) ودليلها الإجماع وسنده قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وتركها أحوط : مكتوب فى التوراة : الزعامة أولها ملامة ، وأوسطها ندامة ، وآخرها غرامة مجتبى :

لا تصح الكفالة منه بنفس أو مال كما فى الكافى ، وسواء كفل عن مولاه أو أجنبى كما فى التتارخانية (قوله إلا إن أذن له المولى) أى بالكفالة عن مولاه أو عن أجنبى فتصح كفالته إذا لم يكن مديونا ، وكذا الأمة والمدبرة وأم الولد ، وإن كان مديونا لا يلزمه شىء ما لم يعتق تتارخانية ، وسيأتى تمام الكلام عليه قبيل الحوالة (قوله ولا من مكاتب الخ) أى ويطالب بها بعد عتقه ، وهذا لو كانت عن أجنبى كما فى البحر . وقال أيضا : وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما .

قال فى النهر : وينبغى أن يقيد ذلك بما إذا كانت بأمره ، ثم رأيته كذلك فى عقد الفرائد معزيا إلى المبسوط :

قلت : وسيأتى أيضا متنا قبيل الحوالة فى العبد مع التقييد بكونه غير مديون مستغرق (قوله والمدعى) أى من يكون له حق الدعوى على غريمه إذ لا يلزم فى عطاء الكفيل الدعوى بالفعل (قوله مكفول له) ويسمى الطالب أيضا (قوله مكفول عنه) هذا فى كفالة المال دون كفالة النفس .

ففى البحر عن التتارخانية ، ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه اه لكن قال الخير الرملى وجدنا بعضهم يقوله ، ووجد فى التتارخانية عن الذخيرة (قوله كفيل) ويسمى ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وصبيرا وقبيلا وتمامه فى حاشية البحر للرملى (قوله وسنده) أى سند الإجماع ، إذ لا إجماع إلا عن مستند وإن لم يلزم علمنا به (قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم ») أى يلزمه الأداء عند المطالبة به ، فهو بيان لحكم الكفالة ، والحديث كما فى الفتح رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن . وقد استدل فى الفتح لشرعيتها بقوله تعالى — ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم — وعادتهم تقديم ما ورد فى الكتاب على ما فى السنة والشارح يذكره أصلا ، ولعله لشهرته أو لما قيل إنه لا كفالة هنا لأنه مستأجر لمن جاء بالصواع بحمل بعير، والمستأجر يلزمه ضمان الأجرة ولكن جوابه أن الكفيل كان رسولا من الملك لا وكيلا بالاستئجار والرسول سفير ، فكأنه قال إن الملك يقول لمن جاء به حمل بعير ثم قال الرسول وأنا بذلك الحمل زعيم : أى كفيل ، وبحث فيه فى النهر (قوله وتركها أحوط) أى إذا كان يخاف أن لا يملك نفسه من الندم على ما فعله من هذا المعروف ، أو المراد أحوط فى سلامة المال لا فى الديانة إذ هى بالنية تكون طاعة يثاب عليها فقد قال فى الفتح : ومحاسن الكفالة جليلة : وهى تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه ، حيث كفيا مؤنة ما أهمهما ، وذلك نعمة كبيرة عليهما ، ولذا كانت من الأفعال العالية ، وتمامه فيه (قوله مكتوب فى التوراة الخ) رأيت فى الملتقط : قيل مكتوب على باب من أبواب الروم وفيه زيادة على ما هنا ، ومن لم يصدق فليجرب حتى يعرف البلاء من السلامة (قوله أولها ملامة) سقط أولها من بعض النسخ ، وهو موجود فى البحر عن المجتبى ؛ والمراد والله أعلم أنه يعقبها فى أول الأمر الملامة لنفسه منه أو من الناس ، ثم عند المطالبة بالمال يندم على إتلافه لماله ، ثم بعد ذلك يغرم المال أو يتعب نفسه بإحضار المكفول به لأن الغرم لزوم الضرر ، ومنه قوله تعالى — إن عذابها كان غراما — :

(وكفالة النفس تنعقد بكفلت بنفسه ونحوها مما يعبر به عن بدنه) كالطلاق، وقدمنا ثمة أنهم لوتعارفوا إطلاق اليد على الجملة وقع به الطلاق فكذا فى الكفالة فتح (و) بجزء شائع ككفلت (بنصفه أو ربعه ، و) تنعقد (بضمنته أو علىّ أو إلى)

مطلب يصح كفالة الكفيل

(قوله وكفالة النفس تنعقد الخ) عبارة الكنز : وتصح بالنفس وإن تعددت :

قال فى النهر أى بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا أو كان للكفيل كفيل ويجوز عود الضمير إلى النفس بأن يكفل واحد نفوسا والأول هو الظاهر اه ؛ وقدمنا عن كافى الحاكم صحة كفالة الكفيل بالمال أيضا (قوله تكفلت بنفسه) بفتح الفاء أفصح من كسرها ويكون بمعنى عال فيتعدى بنفسه ومنه - وكفلها زكريا - وبمعنى ضمن والتزم فيتعدى بالحرف واستعمال كثير من الفقهاء له متعديا بنفسه مؤول رملى عن شرح الروض (قوله مما يعبر به عن بدنه) أى مما يعبر به من أعضائه عن جملة البدن كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وبدنه وروحه ، وذكروا فى الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا قالوا : وينبغى صحة الكفالة إذا كانت امرأة ، كذا فى التتارخانية نهر ، وتمامه فيه (قوله وبجزء شائع الخ) لأن النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها ؛ ولو أضاف الكفيل الجزء إلى نفسه ككفل لك نصفى أو ثلثى فإنه لا يجوز ، كذا فى السراج ، لكن لو قيل إن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله لم يفترق الحال نهر (قوله وتنعقد بضمنته الخ) أما ضمنته فلأنه تصريح بمقتضى الكفالة لأنه يصير ضامنا للتسليم ، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بالتمليك ؛ وأما علىّ فلأنه صيغة التزام ، ومن هنا أفتى قارىء الهداية بأنه لو قال التزمت بما على فلان كان كفالة وإلى بمعناه هنا وتمامه فى النهر .

ثم اعلم أن ألفاظ الكفالة كل ماينبىء عن العهدة فى العرف والعادة وفي جامع الفتاوى : هذا إلىّ أو علىّ وأنا كفيل به أو قبيل أو زعيم كان كله كفالة بالنفس لا كفالة بالمال اه تتارخانية . وفى الحاكم : وقوله ضمنت وكفلت وهو إلىّ وهو علىّ سواء كله وهو كفيل بنفسه اه ثم ذكر فى باب الكفالة بالمال إذا قال إن مات فلان قبل أن يوفيك مالك فهو علىّ فهو جائز اه فقد علم أن قوله أولا هو إلى هو علىّ كفيل بنفسه إنما هو حيث كان الضمير للرجل المكفول به ؛ أما لو كان الضمير للمال فهو كفالة مال وكذا بقية الألفاظ .

ففى التتارخانية أيضا عن الخلاصة : لو قال لرب المال أنا ضامن ما عليه من المال فهذا ضمان صحيح ثم قال : ولو ادعى أنه غصبه عبدا ومات فى يده فقال خله فأنا ضامن بقيمة العبد فهو ضامن يأخذ منه من ساعته ولا يحتاج إلى إثبات بالبينة اه . فقد ظهر لك أن مامر أولا عن التتارخانية من أن هذه الألفاظ كفالة نفس لا كفالة مال ليس المراد أنها لاتكون كفالة مال أصلا ، بل المراد أنه إذا قال أنا به كفيل أو زعيم الخ أى بالرجل كان كفالة نفس لأنها أدنى من كفالة المال ولم يصرح بالمال ؛ بخلاف ما إذا توجهت هذه الألفاظ على المال فإنها تكون كفالة مال لأنها صريحة به فلا يراد بها الأدنى وهو كفالة النفس مع التصريح بالمال أو بضميره ، وهذا معنى ما نقله الشلبى عن شرح القدورى للشيخ أبى نصر الأقطع من قوله : فإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال اه أى إذا قال ضمنت زيدا أو أنا كفيل به أو هو علىّ أو إلىّ يكون كفالة نفس كما أفتى به فى الخيرية . وإذا قال : ضمنت لك ما عليه من المال أو أنا كفيل به الخ فهو كفالة مال قطعا ، وأما إذا لم يعلم المكفول به أنه كفالة نفس أو مال فلا تصح الكفالة أصلا كما يأتى بيانه ، وبه علم أنه

أو عندى (أو أنا به زعيم) أى كفيل (أو قبيل به) أى بفلان ، أو غريم ، أو حميل بمعنى محمول بدائع (و) تنعقد بقوله (أنا ضامن حتى تجتمعا أو) حتى (تلتقيا) ويكون كفيلا إلى الغاية

لا تحرير فيما قاله الشلبي بعد ما مر عن شرح الأقطع من أنه ينبغى أن يقال هذه الألفاظ إذا أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس ، وإذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال تتمحض حينئذ للكفالة به اهـ فإنه إذا لم يعلم المكفول به بأن قال أنا ضامن ولم يصرح بنفس ولا مال لا تصح أصلا كما يأتى ، فقوله تحمل على الكفالة بالنفس مخالف للمنقول كما تعرفه ، نعم لو قامت قرينة على أحدهما يمكن أن يقال يعمل بها كما إذا قال قائل اضمن لى هذا الرجل فقال الآخر أنا ضامن فهو قرينة على كفالة النفس ، وإن قال اضمن لى ما عليه من المال فقال أنا ضامن فهو قرينة على المـــال لأن الجواب معاد فى السؤال فافهم ، واغنم تحرير هذه المسألة فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب ، ولله الحمد :

مطلب لفظ عندى يكون كفالة بالنفس ، ويكون كفالة بالمال

(قوله أو عندى) فى البحر عن التتارخانية : لك عندى هذا الرجل أو قال دعه إلىّ كانت كفالة اهـ يعنى بالنفس . وقال فى البحر أيضا عند قوله : ولو قال إن لم أوافك به غدا الخ عن الخانية إن لم أوافك به فعندى لك هذا المال لزمه لأن عندى إذا استعمل فى الدين يراد به الوجوب ، وكذا لو قال إلىّ هذا المال اهـ فهذا صريح أيضا بأن عندى يكون كفالة نفس وكفالة مال بحسب ماتوجه إليه اللفظ ، وبه أفتى فى الخيرية والحامدية . وأما ما قاله فى البحر عند قول الكنز : وبمالك عليه من أن عندى كعلىّ فى التعليق فقط ولا تفيد كفالة بالمال بل بالنفس ، وما أفتى به من أنه : لو قال لاتطالب فلانا مالك عندى لايكون كفيلا ، فقد رده فى النهر بأن مامر عن الخانية من العلة المذكورة غير مقيد بالتعليق ، ورده المصنف أيضا ، وكذا الخير الرملي بقولهم ، إن مطلق لفظ عندى للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة . وفى الزيلعى من الإقرار أنه العرف . قال الرملي : ومقتضى ذلك أن القاضى لو سأل المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال عندى كان إقرارا اهـ (قوله بمعنى محمول) كذا عزاه المصنف إلى البدائع أيضا . قال ط : الأظهر أن يكون بمعنى فاعل لأنه حامل لكفالته (قوله وتنعقد بقوله أنا ضامن حتى تجتمعا الخ) أقول : اشتبه هنا على المصنف مسألة بمسألة بسبب سقط وقع فى نسخة الخانية التى نقل عنها فى شرحه فإن قال فيه : فى الخانية : وعن أبى يوسف : لو قال هو علىّ حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا لايكون كفالة لأنه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال اهـ مع أن عبارة الخانية هكذا : وعن أبى يوسف : لو قال هو على حتى تجتمعا أو قال علىّ أن أوافيك به أو ألقاك به كانت كفالة بالنفس ، ولو قال : أنا ضامن حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا لايكون كفالة لأنه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال اهـ كلام الخانية . وفى السراج : لو قال هو علىّ حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو جائز ، لأن قوله هو علىّ ضمان مضاف إلى العين وجعل الالتقاء غاية له اهـ يعنى أن الضمير فى هو على عائد إلى عين الشخص المكفول به فيكون كفالة نفس إلى التقائه مع غريمه ، بخلاف قوله أنا ضامن حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا فلا يصح أصلا ، لأن قوله أنا ضامن لم يذكر فيه المضمون به هل هو النفس أو المال ، فقد ظهر وجه الفرق بين المسألتين ، فكان الصواب فى التعبير أن يقال وتنعقد بقوله هو علىّ حتى تجتمعا أو تلتقيا لا بأنا ضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لعدم بيان المضمون به ، فتنبه لذلك . ثم إن المسألة مذكورة فى كافى الحاكم الذى جمع فيه كتب ظاهر الرواية ، وهو العمدة فى نقل نص المذهب ؛ وذلك أنه قال : ولو قال أنا به قبيل أو زعيم أو قال ضمين فهو كفيل . وقال أبو يوسف ومحمد : وكذلك لو قال علىّ أن أوافيك به أو علىّ أن ألقاك

تتارخانية (وقيل لا) تنعقد (لعدم بيان المضمون به) أهو نفس أو مال. كما نقله فى الخانية عن الثانى : قال المصنف : والظاهر أنه ليس المذهب ، لكنه استنبط منه في فتاويه أنه لو قال الطالب ضمنت بالمال وقال الضامن إنما ضمنت بنفسه لايصح . ثم قال : وينبغى أنه إذا اعترف أنه ضمن بالنفس أن يؤاخذ بإقراره فراجعه (كما) لاتنعقد (فى) قوله (أنا ضامن) أو كفيل (لمعرفته) على المذهب ، خلافا للثانى بأنه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة .

واختلف فى أنا ضامن لتعريفه أو علىّ تعريفه والوجه اللزوم فتح ، كأنا ضامن لوجهه لأنه يعبر به عن الجملة سراج ، وفى معرفة فلان على يلزمه أن يدل عليه خانية ولا يلزم أن يكون كفيلا نهر :

به أو قال هو علىّ حتى تجتمعا أو حتى توافيا أو حتى تلتقيا ، وإن لم يقل هو علىّ وقال أنا ضامن لك حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو باطل اه ولم يذكر قول أبى حنيفة فى المسألة ، فعلم أنه لاقول له فيها فى ظاهر الرواية ، وإنما المسألة منقولة عن الصاحبين فقط فى ظاهر الرواية عنهما ، وبه علم أن قول الخانية وعن أبى يوسف ليس لحكاية الخلاف ولا للتمريض ، بل هو بيان لكون ذلك منقولا عنه ، وكذا عن محمد كما علمت ، وحيث لم يوجد نص للإمام فالعمل على مانقله الثقات عن أصحابه كما علم فى محله (قوله تتارخانية) عبارتها هو علىّ حتى تجتمعا فهو كفيل إلى الغاية التى ذكرها اه هكذا ذكره المصنف فى المنح . وأنت خبير بأن هذه المسألة ليست التى ذكرها فى متنه ، فإن التى ذكرها فى متنه لاتنعقد فيها الكفالة أصلا كما علمته آنفا (قوله كما نقله فى الخانية) قد أسمعناك عبارة الخانية (قوله قال المصنف والظاهر أنه ليس المذهب) الضمير فى أنه عائد إلى مانقله عن الثانى ، وهو الذى عبر عنه فى المتن بقوله وقيل لا ، وقد علمت أنه ليس فى المذهب قول آخر بل هما مسألتان : إحداهما تصح فيها الكفالة ، والأخرى لاتصح بلا ذكر خلاف فيهما كما حررناه آنفا (قوله لكنه استنبط الخ) يعنى أن المصنف قال فى شرحه إنه ليس المذهب مع أنه فى فتاويه استنبط منه ماذكر : ووجه الاستنباط أن الطالب والضامن لم يتفقا على أمر واحد فلم يعلم المضمون به هل هو نفس أو مال ، فلا تصح الكفالة (قوله ثم قال وينبغى الخ) أقول : هذا مسلم إذا كان الطالب يدّعى كفالة النفس أيضا ، أما لو ادعى عليه كفالة المال فقط فلا إذ الإقرار يرتد بالرد ولا يؤاخذ المقر بلا دعوى أفاده الرحمتى (قوله على المذهب) لأنهم قالوا إنه ظاهر الرواية زاد فى الفتح عن الواقعات : وبه يفتى . وفى البحر عن الخلاصة : وعليه الفتوى :

مطلب لو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلا

(قوله لأنه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة) فصار كقوله أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله فتح . قال فى البحر : وأشار إلى أنه لو قال أنا أعرفه لايكون كفيلا كما فى السراج (قوله والوجه اللزوم) لأنه مصدر متعد إلى اثنين ، فقد التزم أن يعرفه الغريم ، بخلاف معرفته فإنه لايقتضى إلا معرفة الكفيل للمطلوب فتح ، فصار معنى الأول أنا ضامن لأن أعرفك غريمك وتعريفه بإحضاره للطالب وإلا فهو معروف له ، ومعنى الثانى أنا ضامن لأن أعرفه ولا يلزم منه إحضاره له لكن مايأتى عن الخانية يفيد لزوم دلالته عليه وإن لم يصر كفيلا . قال فى النهر : ومامر من أنه صار كالتزامه الدلالة يؤيده قوله ولايلزم الخ أى لايلزم من لزوم دلالته عليه أن يكون كفيلا بنفسه ليترتب عليه أحكامها نهر : أى لأنه يخرج عن ذلك بقوله هو فى المحل الفلانى فاذهب إليه ، فلا يلزمه إحضاره أو السفر إليه إذا غاب ، وغير ذلك من أحكام كفالة النفس .

[تتمة] تقدم أن ألفاظ الكفالة كل ماينبئ عن العهدة فى العرف والعادة ، ومن ذلك كما فى الفتح على أن أوافيك به أو على أن ألقاك به أودعه إلىّ . ثم قال : وفى فتاوى النسفى : لو قال الدين الذى

(وإذا كفل إلى ثلاثة أيام) مثلا (كان كفيلا بعد الثلاثة) أيضا أبدا حتى يسلمه

لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو اقبضه لايكون كفالة مالم يتكلم بما يدل على الالتزام ، وقيده فى الخلاصة بما إذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤد فأنا أؤدى ، نظيره فى النذر لو قال أنا أحج لايلزمه شيء ، ولو قال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج اه .

قلت : لكن لو قال ضمنت لك ماعليه أنا أقبضه وأدفعه إليك يصير كفالة بالقبض والتسليم كما سنذكره فى بحث كفالة المال .

مطلب فى الكفالة المؤقتة

(قوله وإذا كفل إلى ثلاثة أيام الخ) حاصله أنه إذا قال كفلت لك زيدا أوما على زيد من الدين إلى شهر مثلا صار كفيلا فى الحال أبدا أى فى الشهر وبعده ، ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة إلى شهر لا لتأخير الكفالة ، كما لو باع عبدا بألف إلى ثلاثة أيام يصير مطالبا بالثمن بعد الثلاثة ، وقيل لايصير كفيلا فى الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهر عبارة الأصل ، وعلى كل فلا يطالب فى الحال ، وهو ظاهر الرواية كما فى التتارخانية . وفى السراجية وهو الأصح ، وفى الصغرى وبه يفتى كما فى البحر .

قلت : ومقابله ماقاله أبو يوسف والحسن أنه يطالب به فى المدة فقط وبعدها يبرأ الكفيل ، كما لو ظاهر أو آلى من امرأته مدة فإنهما يقعان فيها ويبطلان بمضيها كما فى الظهيرية وغيرها . وفيها أيضا : ولو قال كفلت فلانا من هذه الساعة إلى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ، ولو قال شهرا لم يذكره محمد. واختلف فيه فقيل هو كفيل أبدا ، كما لو قال إلى شهر ، وقيل فى المدة فقط : أى كما لو قال من هذه الساعة إلى شهر .

والحاصل أنه إما أن يذكر إلى بدون من فيقول كفلته إلى شهر وهى المسألة فيكون كفيلا بعد الشهر ولا يطالب فى الحال . وعند أبى يوسف والحسن هو كفيل فى المدة فقط ؛ وإما أن يذكر من وإلى فيقول كفلته من اليوم إلى شهر فهو كفيل فى المدة فقط بلا خلاف ، وإما أن لايذكر من ولا إلى فيقول كفلته شهرا أو ثلاثة أيام ، فقيل كالأول ، وقيل كالثانى . وفى التتارخانية عن جمع التفاريق قال : واعتماد أهل زماننا على أنه كالثانى .

قلت : وينبغى عدم الفرق بين الصور الثلاث فى زماننا كما هو قول أبى يوسف والحسن ، لأن الناس اليوم لايقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعدها ، وقد تقدم أن مبنى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة ، وأن لفظ عندى للأمانة وصار فى العرف للكفالة بقرينة الدين. وقالوا إن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق عرف اللغة أولا .

ثم رأيت فى الذخيرة قال : وكان القاضى الإمام الأجل أبو على النسفى يقول : قول أبى يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون فى المدة لابعدها إلا أنه يجب على المفتى أن يكتب فى الفتوى أنه إذا مضت المدة المذكورة فالقاضى يخرجه عن الكفالة احترازا عن خلاف جواب الكتاب ، وإن وجد هناك قرينة تدل على إرادته جواب الكتاب فهو عليه اه لكن نازع فى ذلك فى أنفع الوسائل بأن القاضى المقلد لايحكم إلا بظاهر الرواية لا بالرواية الشاذة ، إلا أن ينصوا على أن الفتوى عليها اه .

قلت : ماذكره الإمام النسفى مبنى على أن المذكور فى ظاهر الرواية إنما هو حيث لاعرف ، إذ لاوجه للحكم على المتعاقدين بما لم يقصداه فليس قضاء ، بخلاف ظاهر الرواية ؛ وما ذكره من إخراج القاضى له عن الكفالة زيادة احتياط لاحتمال كون العاقدين عالمين بذلك المعنى قاصدين له ، ولذا قال إن وجد قرينة على خلاف العرف

لما فى الملتقط وشرح المجمع لو سلمه للحال برىء وإنما المدة لتأخير المطالبة ، ولو زاد وأنا برىء بعد ذلك لم يصر كفيلا أصلا فى ظاهر الرواية وهى الحيلة فى كفالة لاتلزم درر وأشباه :

قلت : ونقله فى لسان الحكام عن أبى الليث وأن عليه الفتوى . ثم نقل عن الواقعات أن الفتوى أنه يصير كفيلا اهـ لكن تقوى الأول بأنه ظاهر المذهب فتنبه (ولا يطالب) بالمكفول به (فى الحال) فى ظاهر الرواية (وبه يفتى) وصححه فى السراجية وفى البزازية : كفل على أنه متى أو كلما طالب فله أجر شهر صحت ، وله أجل شهر مذ طلبه فإذا تم الشهر فطالبه لزم التسليم ولا أجل له ثانيا ثم قال كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر صح بخلاف البيع لأن مبناها على التوسع (وإن شرط تسليمه فى وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه) كدين مؤجل حل (فإن أحضره) فيها (وإلا حبسه الحاكم) حين يظهر مطله ، ولو ظهر عجزه ابتداء

بحكم بجواب ظاهر الرواية ، والله سبحانه أعلم (قوله لما فى الملتقط الخ) تعليل لما فهم من قوله أيضا من أنه يكون كفيلا قبل الثلاثة اهـ ح (قوله لو سلمه للحال برىء) ويجبر الطالب على القبول ، كمن عليه دين مؤجل إذا عجله قبل حلول الأجل يجبر الطالب على القبول خانية ، فلو لم يصر كفيلا قبل مضى المدة لم يصح تسليمه فيها ولم يجبر الآخر على القبول (قوله لم يصر كفيلا أصلا) لأنه لايصير كفيلا بعد المدة لنفيهما الكفالة فيه صريحا ولا فى الحال على ماذكرنا فى ظاهر الرواية ظهيرية (قوله ونقله الخ) نقل القولين فى البحر أيضا عن البزازية (قوله أنه يصير كفيلا) أى فى المدة فقط كما يفيده قول جامع الفصولين فى الفصل السادس والعشرين كفل بنفسه إلى شهر على أنه برىء بعد الشهر فهو كما قال (قوله لكن تقوى الأول بأنه ظاهر المذهب) قلت : وتقوى الثانى بأنه المتعارف بين الناس بحيث لايقصدون غيره إلا أن يكون الكفيل عالما بحكم ظاهر المذهب قاصدا له فالأمر ظاهر (قوله ولا يطالب الخ) أى فى مسألة المتن (قوله لزم التسليم) أى بالطلب الأول ، وقوله ولا أجل له ثانيا أى بالطلب الثانى وهذا مالم يدفعه ، فإذا دفعه إليه ، فإن قال برئت إليك منه يبرأ فى المستقبل ، وإن لم يبرأ منه فله أن يطالبه ثانيا ، ولا يكون ذلك براءة لأنه قال فى الكفالة كلما طلبته منى فلى أجل شهر فكأنه قال كلما طلبته منى وافيتك به إلا أن لى أجل شهر حتى أطلبه وكلمة كلما تقتضى التكرار فتقتضى تكرار الموافاة كلما تكرر الطلب ، فبالدفع إليه يبرأ عن موافاة لزمته بالمطالبة السابقة لاعن موافاة تلزمه بمطالبة توجد فى المستقبل ، وإنما يبرأ عن ذلك لصريح الإبراء ، فإذا برىء إليه حين دفعه مرة وجد صريح الإبراء ومالا فلا ، فإذا دفعه إليه ولم يبرأ فطالبه بعد ذلك فللكفيل أجل شهر آخر من يوم طلبه لأنه غير الطلب الأول ، بخلاف ما إذا لم يدفعه مرة ذخيرة وبزازية ملخصا :

قلت : وحاصله أنه إذا طالبه بتسليم المكفول بنفسه فله أجل شهر فإذا تم الشهر فله مطالبته بالتسليم ولا أجل له فى هذه المطالبة الثانية ، فإذا سلمه وتبرأ إليه من عهدته فلا شىء عليه بعد ذلك ، وإن سلمه ولم يتبرأ ثم طالبه به لزمه تسليمه ثانيا ، لكن يثبت له أجل شهر آخر بعد هذا الطلب ، فإذا تم الشهر ولم يسلمه فطالبه به فلا أجل له مالم يسلمه إلى الطالب وهكذا ثم لايخفى أن هذا فى كفالة النفس ؛ أما فى كفالة المال فإنه بعد تسليمه لايطالب به ثانيا لأن الكفالة تنتهى به ، ولذا قال فى الذخيرة : ولو كفله بألف على أنه متى طالبه به فله أجر شهر فمتى طلبه فله الأجل ، فإذا مضى فله أخذه منه متى شاء بالطلب الأول ولا يكون للكفيل أجل شهر آخر اهـ : وبه ظهر أن كلام الشارح محمول على كفالة المال ، ولعله جردت متى وكلما عن العموم لعدم إمكانه هنا لما قلنا بخلاف كفالة النفس كما علمت (قوله بخلاف البيع) فإنه لايصح الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام (قوله وإن شرط) ينبغى كونه بالبناء للمفعول ليشمل ما إذا كان الشرط فى لفظ الكفيل أو الطالب ط (قوله أحضره) أى لزمه إحضاره بالشرط (قوله فيها) أى فبالقضية المشروطة قد وفى (قوله حين يظهر مطله) فى بعض النسخ حتى ، والصواب

لايحبسه عينى (فإن غاب) أمهله مدة ذهابه وإيابه ولولدار الحرب عينىوابن ملك (و) لو (لم يعلم مكانه لايطالب به) لأنه عاجز (إن ثبت ذلك بتصديق الطالب) زيلعى . زاد فى البحر (أو ببينة أقامها الكفيل) مستدلا بما فى القنية : غاب المكفول عنه فللدائن ملازمة الكفيل حتى يحضره ؛ وحيلة دفعه أن يدعى الكفيل عليه أن خصمك غائب غيبة لاتدرى فبين لى موضعه ، فإن برهن على ذلك تندفع عنه الخصومة ، ولو اختلفا ، فإن له خرجة للتجار معروفة أمر الكفيل بالذهاب إليه وإلا حلف أنه لايدرى موضعه ، ثم فى كل موضع قلنا بذهابه إليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل لئلا يغيب الآخر

الأول ؛ وذلك كما لو أنكر الكفالة حتى أقيمت عليه البينة ، بخلاف مالو أقربها فإنه لايحبسه فى أول مرة ، وهذا ظاهر الرواية كما فى البزازية : أى لظهور مطله بإنكاره فصار كمسألة المديون ، وبه صرح فى الخانية ، وكأن الزيلعى لم يطلع على ذلك فذكره بحثا أفاده فى البحر (قوله لايحبسه) لكن لايحول بينه وبين الكفيل فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله ، وفى التتارخانية : لو أضرته ملازمته له استوثق منه بكفيل نهر (قوله فإن غاب) أى المكفول عنه وطلب الغريم منه إحضاره نهر ، وهذا إذا ثبت عند القاضى غيبته ببلد آخر بعلم القاضى أو ببينة أقامها الكفيل كما فى البزازية وكافى الحاكم ، وأطلقه فشمل المسافة القريبة والبعيدة كما فى الفتح بحر (قوله أمهله) أى إذا أراد الكفيل السفر إليه ، فإن أبى حبسه للحال بلا إمهال كما فى البزازية . وفى التتارخانية : وإن كان فى الطريق عذر لايؤاخذ الكفيل به بحر (قوله وإيابه) بالكسر : أى رجوعه (قوله ولو لدار الحرب) ولاتبطل باللحاق بدار الحرب ، لأنه وإن كان موتا حكما لكن بالنسبة إلى ماله وإلا فهو حى مطالب بالتوبة والرجوع ، هكذا أطلقه فى النهاية ؛ وقيده فى الذخيرة بما إذا كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم موادعة أنهم يردون إلينا المرتد وإلا لايؤاخذ به اه وهو تقييد لابد منه بحر (قوله لايطالب به) مقيد بما إذا لم يبرهن الطالب على أنه بموضع كذا ؛ فإن برهن أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره لأنه علم مكانه بحر (قوله إن ثبت ذلك بتصديق الطالب) عبارة الزيلعى لأنه عاجز وقد صدقه الطالب عليه اه ، فأنت ترى أن الزيلعى لم يجعل ذلك شرطا لنفى المطالبة بل بين أن فرض المسألة فيما إذا صدقه الطالب ثم أعقب الزيلعى ذلك بقوله ولو اختلفا إلى آخر مايأتى فبين حكم ماإذا لم يصدقه ، وهو أنه إذا لم يكن له خرجة معروفة فالقول للكفيل أى فلا يطالب به ، فعلم أن تصديق الطالب غير شرط فى نفى المطالبة تأمل ، وبه يعلم أنه لاحاجة إلى إقامة البينة ، فعبارة المصنف هنا غير محررة (قوله بما فى القنية) أى عن الإمام على السعدى (قوله وحيلة دفعه) أى دفع الطالب على ملازمته للكفيل (قوله فإن برهن على ذلك) أى برهن الكفيل على أن غيبته لاتدرى لكن هذه بينة فيها نفى ولعله يقبل لكونه تبعا والقصد إثبات سقوط المطالبة مقدسى ، وماقاله الرحمتى من أن الضمير فى برهن للطالب فغير صحيح لأنه لايناسب قوله وحيلة دفعه (قوله ولو اختلفا) أى بأن قال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه زيلعى (قوله وإلا حلف) عبارة الزيلعى والفتح والبحر : وإلا فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة . وقال بعضهم : لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه القاضى إلى أن يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق فى إسقاطها عن نفسه بمايدعى اه وكأن الشارح صرح بالتحليف أخذا من قولهم يحلف فى كل موضع لو أقر به لزمه ثم قد علمت أن كون القول للكفيل مخالف لما فى المتن فإنه يقتضى أنه لايكتفى بقول الكفيل لاأعرف مكانه مالم يصدقه الطالب أو يبرهن عليه الكفيل ، نعم مافى المتن يتمشى على قول البعض المعبر عنه فى الفتح بقيل وذلك يفيد ضعفه ؛

(ويبرأ) الكفيل بالنفس (بموت المكفول به ولو عبدا) أراد به دفع توهم أن العبد مال ، فإذا تعذر تسليمه ازمه قيمته ، وسيجيء مالو كفل برقبته (وبموت الكفيل) وقيل يطالب وارثه بإحضاره سراج (لا) بموت (الطالب) بل وارثه أو وصيه يطالب الكفيل ، وقيل يبرأ وهبانية ، والمذهب الأول (و) يبرأ (بدفعه إلى من كفل له حيث)

[تنبيه] قال في النهر: ولم أر مالو برهنا ، وينبغي أن تقدم بينة الطالب لأن معها زيادة علم (قوله ويبرأ الكفيل بالنفس بموت المكفول به) أي يبرأ أصلا بموت الشخص المطلوب ، والمراد أنها تبطل بموته كما عبر به في الكنز وغيره لتحقق عجز الكفيل عن إحضاره كما في النهر : أي عجزا مستمرا بخلاف الجهل بمكانه لاحتمال العلم به بعد فلذا قالوا هناك لايطالب به وقالوا هنا تبطل . وأما مافي البزازية والخلاصة من أنه لو كان المكفول به غائبا لايعلم مكانه ولا يوقف على أثره يجعل كالموت ولا يحبسه ، فالمراد به أنه كالموت في عدم المطالبة في الحال ولذا قال ولا يحبسه لا في بطلان الكفالة وسقوط المطالبة أصلا وإلا خالف كلامهم متونا وشروحا ، ونبهنا على ذلك تمهيدا لما نذكره قريبا من حادثة الفتوى (قوله بموت المكفول به) هذا شامل لبراءة كفيل الكفيل بموت الكفيل ولبراءتهما بموت الأصيل . قال في الخانية : الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الأصيل برئ الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثاني اهـ .

مطلب كفالة النفس لاتبطل بابراء الأصيل بخلاف كفالة المال

قال في البحر : وأشار باقتصاره في بطلانها على موت المطلوب والكفيل إلى أنها لاتبطل بابراء الأصيل ، وتمامه فيه ، وسيذكره الشارح قبيل كفالة المال (قوله أراد به الخ) كذا في المنح . ولا يخفى أن التوهم باق ، وذلك أنه قال في الخلاصة : لو كفل بنفس عبد فمات العبد برئ الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد ، وإن كان المدعى به نفس العبد لايبرأ وضمن قيمته اهـ . ففي المسألتين المكفول به نفس العبد ، لكن المدعى به في الأولى المال على العبد وفي الثانية رقبة العبد ، فقول المصنف ولو عبدا يوهم أنه شامل للمسألتين مع أنه لايبرأ بموت العبد في الثانية وإن تعذر تسليمه بالموت بل تلزمه قيمته ، فلابد في دفع التوهم من أن يقول ولو عبدا ادعى عليه مال تأمل (قوله وسيجيء) أي في الباب الآتي مالو كفل برقبته أي بأن كان المدعى به رقبة العبد وهي المسألة الثانية ، وستجيء المسألتان جميعا قبيل الحوالة (قوله وبموت الكفيل) أي الكفيل بالنفس ، لأن الكلام فيه . أما الكفيل بالمال فلاتبطل بموته لأن حكمها بعد موته ممكن فيوفي من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره وكان الدين حالا ، فلو مؤجلا فلا رجوع حتى يحل الأجل بحر ، وتمامه في الفتح (قوله بل وارثه أو وصيه يطالب الكفيل) فإن سلمه إلى أحد الورثة أو أحد الوصيين خاصة فللباقي المطالبة باحضاره بحر عن الينابيع . وقد يشكل عليه قولهم أحد الورثة ينتصب خصما للميت فيما له وعليه نهر .

قلت : في جامع الفصولين : أحد الورثة يصلح خصما عن المورث فيما له وعليه ، ويظهر ذلك في حق الكل إلا أن له قبض حصته فقط إذا ثبت حق الكل اهـ وبه يظهر الجواب ، وذلك أن حق المطالبة ثابت لكل واحد من الورثة فإذا استوفى أحدهم حقه لايسقط حق الباقين لأن له استيفاء حقه فقط ، وإنما قام مقام الباقين في إثبات حقهم فافهم (قوله وقيل يبرأ) أي الكفيل بموت الطالب (قوله ويبرأ بدفعه إلى من كفل له) أي بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول هـذا خصمك فخذه إن شئت ، وأطلقه فشمل ما إذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله أولا لأن الأجل حق الكفيل فله إسقاطه كالدين المؤجل إذا قضاه قبل الحلول بحر

أى فى موضع (يمكن مخاصمته) سواء قبله الطالب أولا (وإن لم يقل) وقت التكفيل (إذا دفعته إليك فأنا برىء) ويبرأ بتسليمه مرة قال سلمته إليك بجهة الكفالة أولا ، إن طلبه منه وإلا فلابد أن يقول ذلك (ولو شرط تسليمه فى مجلس القاضى سلمه فيه ولم يجز) تسليمه (فى غيره) به يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى إعانة الحق ، ولو سلمه عند الأمير أو شرط تسليمه عند هذا القاضى فسلمه عند قاض آخر جاز بحر ، ولو سلمه فى السجن لو سجن هذا القاضى أو سجن أمير البلد فى هذا المصر جاز ابن ملك (وكذا يبرأ) الكفيل (بتسليم المطلوب نفسه) لحصول المقصود

(قوله أى فى موضع يمكن الخ) ويشترط عندهما أن يكون هو المصر الذى كفل فيه لا عند الإمام ، وقولهما أوجه كما فى الفتح : وقيل إنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان وبيانه فى الزيلعى . واحترز به عما لو سلمه فى برية أو سواد وتمامه فى النهر (قوله سواء قبله الطالب أولا) فيجبر على قبوله ، بمعنى أنه ينزل قابضا كالغاصب إذا رد العين والمديون إذا دفع الدين منح ؛ بخلاف ما إذا سلمه أجنبى فلا يجبر كما يأتى (قوله ويبرأ بتسليمه مرة) إلا إذا كان فيها ما يقتضى التكرار كما إذا كفله على أنه كلما طلبه فله أجل شهر كما مر تقريره (قوله به يفتى) وهو قول زفر ، وهذا إحدى المسائل التى يفتى فيها بقول زفر بحر وعدها سبعا وقال ليس المراد الحصر .

قلت : وقد زدت عليها مسائل وذكرتها منظومة فى النفقات : قال فى النهر : وفى الواقعات الحسامية : جعل هذا رأيا للمتأخرين لا قولا لزفر : ولفظه : والمتأخرون من مشايخنا يقولون جواب الكتاب أنه يبرأ إذا سلمه فى السوق أو فى موضع آخر فى المصر بناء على عادتهم فى ذلك الزمان ، أما فى زماننا فلا يبرأ لأن الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مقيدا فيصح وبه يفتى اه وهو الظاهر إذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن زفر كان فى ذلك الزمان اه :

قلت : فيه نظر ظاهر ، فكم من مسألة اختلف فيها الإمام وأصحابه وجعلوا الخلاف فيها بسبب اختلاف الزمان كمسألة الاكتفاء بظاهر العدالة وغيرها وكالمسألة المارة آنفا ، وبعد نقل الثقات ذلك عن زفر كيف ينفى بكلام يحتمل أنه مبنى على قوله والمشاهد اختلاف الزمان فى مدة يسيرة (قوله ولو سلمه عند الأمير) أى وقد شرط تسليمه عند القاضى (قوله عند قاض آخر) أى غير قاضى الرساتيق كما أجاب بعضهم ، واستحسنه فى القنية لأن أغلبهم ظلمة قال ط :

قلت : ولا خصوص للرساتيق ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله ابن ملك) ونص كلامه فى شرحه على المجمع ، ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يتمكن من إحضاره مجلس الحكم ، وفى المحيط : هذا إذا كان السجن سجن قاض آخر فى بلد آخر . أما لو كان سجن هذا القاضى أو سجن أمير البلد فى هذا المصر يبرأ وإن كان قد حبسه غير الطالب ، لأن سجنه فى يده فيخلى سبيله حتى يجيب خصمه ثم يعيده إلى السجن اه :

وفى البحر عن البزازية : ولو ضمن وهو محبوس فسلمه فيه يبرأ ، ولو أطلق ثم حبس ثانيا فدفعه إليه فيه ، إن الحبس الثانى فى أمور التجارة ونحوها صح الدفع ، وإن فى أمور السلطان ونحوها لا اه . وفى كافى الحاكم : وإذا حبس المكفول به بدين أو غيره أخذت الكفيل لأنه يقدر على أن يفكه مما حبس به بأداء حق الذى حبسه اه أى إذا لم يمكنه تسليمه كما يعلم من كلام المحيط المار (قوله وكذا يبرأ الكفيل بتسليم المطلوب نفسه) هذا إذا كانت الكفالة بالأمر : أى أمر المطلوب وإلا فلا يبرأ كما فى السراج عن الفوائد ، والوجه فيه ظاهر لأنها إذا

(وبتسليم وكيل الكفيل) لقيامه مقامه (ورسوله إليه) لأن رسوله إلى غيره كالأجنبى : وفيه : يشترط قبول الطالب ، ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت إليك عن الكفيل درر (من كفالته) أى بحكم الكفالة عينى ، وإلا لايبرأ ابن كمال فليحفظ (فإن قال إن لم أواف) أى آت (به غدا فهو ضامن لما عليه) من المال

كانت بغير أمره لا يلزم المطلوب الحضور فليس مطالبا بالتسليم ، فإذا سلم نفسه لا يبرأ الكفيل نهر : وفى التتارخانية : لو كفل بنفسه بلا أمره فلا مطالبة للكفيل عليه إلا أن يجده فيسلمه فيبرأ اه وعليه فلا يأثم بعدم التمكن منه فله الهرب ، بخلاف ما إذا كانت بأمره ،وكذا قولهم له منعه من السفر إنما هو إذا كانت بأمره أفاده فى البحر (قوله وبتسليم وكيل الكفيل) لوقال وبتسليم نائبه لكان أجود وأفود ،لأن كفيل الكفيل لو سلمه برئ الكفيل أيضا كما فى الخانية نهر (قوله ورسوله إليه) أى إلى الطالب ، بأن دفع المطلوب إلى رجل يسلمه إلى الطالب على وجه الرسالة فيقول الرجل إن الكفيل أرسل معى هذا لأسلمه إليك (قوله لأن رسوله إلى غيره كالأجنبى) تعليل لمفهوم قوله إليه ،فإن مفهومه أنه لايبرأ لو كان رسولا إلى غيره بمجرد التسليم ؛ ومثاله كما فى ط : لو قال الكفيل لشخص خذ هذا وسلمه لفلان ليسلمه للطالب فأخذه الرسول وسلمه إلى الطالب بنفسه فإنه يكون كتسليم الأجنبى (قوله وفيه) أى فى تسليم الأجنبى يشترط أى زيادة على الشرط الذى بعده قبول الطالب :

قال فى البحر : وقيد بالوكيل والرسول لأنه لو سلمه أجنبى بغير أمر الكفيل وقال سلمت إليك عن الكفيل وقف على قبوله ، فإن قبله الطالب برئ الكفيل ، وإن سكت لا اه (قوله ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء) أى الثلاثة وهم المطلوب والوكيل والرسول ، وهذا دخول على المتن ، أراد به التنبيه على أمرين :

أحدهما أن قول المصنف من كفالته قيد فى الكل لا فى الوكيل والرسول فقط كما قد يتوهم من عبارة المصنف حيث كرر لفظ بتسليم ، ولا فى المطلوب فقط كما يتوهم من عبارة الكنز حيث قدم قوله من كفالته على تسليم الوكيل :

ثانيهما أنه لا يكفى قصد كون التسليم عن الكفالة ، بل لا بد من التصريح به ، بأن يقول سلمت إليك عن الكفيل من كفالته فافهم ، لكن اقتصر فى الدرر على قوله عن الكفيل ، وعزاه إلى الخانية، واقتصر فى البحر على قوله عن الكفالة ، وعبر فى الفتح مرة بالأول ومرة بالثانى ، فعلم أنه لا يلزم الجمع بينهما ، فلو زاد الشارح كلمة أو بأن قال أو من كفالته لكان أولى (قوله وإلا لا يبرأ) أى إن لم يقل أحد هؤلاء ذلك لا يبرأ الكفيل (قوله ابن كمال) ومثله فى الفتح والبحر والمنح وغيرها (قوله فإن قال إن لم أواف الخ) قيد بعدم الموافاة للاحتراز عما فى البزازية : كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه ، فإن لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح فإذا لم تصح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال فلم يجب اه بحر (قوله أى آت) ومثله إن لم أدفعه إليك أو إن غاب عنك نهر (قوله فهو) أى القائل وهو من تتمة المقول بالمعنى ، لأنه إنما يقول فأنا ضامن لما عليه أو عندى كما فى الخانية وقد مر (قوله لما عليه) أشار إلى أنه لا يشترط تعيين قدر المال كما يأتى، وقيد بقوله لما عليه ،لأنه لو قال له فالمال الذى لك على فلان رجل آخر وهو ألف درهم فهو على جاز فى قول أبى يوسف . وقال محمد : الكفالة بالنفس جائزة ، والكفالة بالمال باطلة لأنه مخاطرة إذا كان المال على غيره ، وإنما يجوز إذا كان المال عليه استحسانا اه ولو كفل بنفس رجل للطالب

(فلم يواف به مع قدرته عليه) فلو عجز لحبس أو مرض لم يلزمه المال إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه كما أفاده بقوله (أو مات المطلوب) فى الصورة المذكورة (ضمن المال

عليه مال فلزم الطالب الكفيل وأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه إن لم يواف به فالمال الذى على المكفول به الأول عليه جاز ، وليس هذا كالذى عليه مال ولم يكفل به أحد كذا فى كافى الحاكم (قوله مع قدرته عليه) صرح بهذا القيد الزيلعى والشمنى فى شرح النقاية ، وكذا فى البحر : وقال المصنف فى المنح إنه قيد لازم ، لأنه إذا عجز لا يلزمه إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه اه (قوله فلو عجز لحبس أو مرض) أى مثلا فيدخل فيه ما إذا غاب المكفول به ولم يعلم مكانه ، فقد مر التصريح بأن ذلك عجز ، وقد علمت أن شرط ضمان المال عدم الموافاة مع القدرة وحيث صرحوا بأن الغيبة المذكورة عجز عن الموافاة لم يتحقق القدرة ولم يستثنوا من العجز إلا العجز بموت المطلوب أو جنونه فدخلت الغيبة المذكورة فى العجز . وأما ما قدمناه عن الخلاصة والبزازية من أن الغيبة المذكورة كالموت فقدمنا أن المراد أنها مثله فى سقوط المطالبة فى الحال لا من كل وجه على أن ذلك مذكور فى كفالة النفس ، والموت هناك مبطل للكفالة بالنفس ومسقط للمطالبة بالكلية وليس هناك كفالة بالمال وهنا المراد ثبوت كفالة المال المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة والموت هنا محقق لكفالة المال ومثبت للضمان ، فإذا جعلت الغيبة المذكورة كالموت بالمعنى المراد فيما مر وهو سقوط المطالبة بالنفس للعجز عن تسليمه لا يلزم منه ثبوت ضمان المال المعلق على عدم الموافاة مع القدرة بل يلزم عدم ثبوته لتحقق العجز وإن جعلت كالموت بالمعنى المراد هنا وهو ثبوت الضمان نافى قولهم مع القدرة وقد علمت أن الغيبة المذكورة عجز مناف للضمان وأنهم لم يستثنوا من العجز إلا الموت والجنون ، على أن جعلها كالموت فى ثبوت الضمان خلاف ما أراده فى البزازية والخلاصة ، لأنهما إنما ذكرا ذلك فى كفالة النفس المجردة عن كفالة المال ، وقد صرح أصحاب المتون وغيرهم بأن الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالتسليم وذلك مناف لثبوت الضمان أى ضمان النفس ، فلا يصح الاستدلال بتلك العبارة على كون الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالمال فى مسئلتنا ، وإنما تسقط المطالبة بالنفس فقط ، وأما المطالبة بالمال فهى حكم الكفالة الأخرى المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة ، فإذا وجد ما علقت عليه ثبتت وإلا فلا ومع الغيبة المذكورة لم توجد القدرة فلا تثبت المطالبة بالمال كما لا يخفى .

مطلب حادثة الفتوى

فإذا علمت ذلك ظهر لك جواب حادثة الفتوى قريبا من كتابتى لهذا المحل ، وهى : رجلان عليهما ديون فكفلهما زيد كفالة مال وكفلهما عند زيد أربعة رجال على أنهم إن لم يوافوه بالمطلوبين عند حلول الأجل فالمال المذكور عليهم ثم حل الأجل وأدى زيد إلى أصحاب الديون وطالب الأربعة بالمطلوبين فأحضروا له أحدهما وعجزوا عن إحضار الآخر لكونه سافر إلى بلاد الحرب ولا يدرى مكانه . فأجبت : بأنه لا يلزمهم المال للعجز عن الموافاة بالغيبة المذكورة فعارضنى الحاكم الشرعى بعبارة البزازية المارة فأجبته بما حررته ، والله سبحانه أعلم (قوله كما أفاده بقوله الخ) أى أفاد بعضه لأنه لم يذكر الجنون ، لكن يفهم حكمه من الموت لأن المستحق عليه تسليم يكون ذريعة إلى الخصام ولا يتحقق ذلك مع الجنون كالموت (قوله أو مات المطلوب) يعنى بعد الغد كذا فى الفتح ، وبهذا يزول إشكال المسألة ، وهو أن شرط الضمان عدم الموافاة مع القدرة ، ولا شك أنه لا قدرة على الموافاة بالمطلوب بعد موته ، فإذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله لأن فرض المسألة عدم الموافاة به غدا كما نبه عليه الشارح بقوله فى الصورة المذكورة : أى المقيدة بالغد ، لكن مفاده أنه لولم يقيد بالغد

فى الصورتين) لأنه علق الكفالة بالمال بشرط متعارف فصح ولا يبرأ عن كفالة النفس لعدم التنافى ، فلو أبرأه عنها فلم يواف به لم يجب المال لفقد شرطه ، قيد بموت المطلوب لأنه لو مات الطالب طلب وارثه ، ولو مات الكفيل طولب وارثه درر ، فإن دفعه الوارث إلى الطالب برئ وإن لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعنى من تركة الميت عينى .

(ولو اختلفا فى الموافاة) وعدمها (فالقول للطالب) لأنه منكرها (و) حينئذ فـ(المال لازم على الكفيل) خانية . وفيها : ولو اختفى الطالب فلم يجده الكفيل نصب القاضى عنه وكيلا ، ولا يصدق الكفيل على الموافاة إلا بحجة (ادعى على آخر) حقا عينى أو (مائة دينار ولم يبينها) أجيدة أم رديئة أم أشرافية

لايثبت الضمان بالموت مع أنه صرح فى الفتح أيضا بأنه لا فرق بين المقيد والمطلق فليتأمل .

ثم رأيت فى كافى الحاكم قيد بقوله فمات المكفول به قبل الأجل ثم حل الأجل فالمال على الكفيل فهذا مخالف لقول الفتح يعنى بعد الغد (قوله فى الصورتين) أى صورة عدم الموافاة مع القدرة وصورة موت المطلوب ، وموت المطلوب وإن أبطل الكفالة بالنفس فإنما هو فى حق تسليمه إلى الطالب لا فى حق المال بحر (قوله بشرط متعارف) فلو قال إن وافيتك به غدا فعلىّ ماعليه ثم وافى به لم يلزمه المال لأنه شرط لزومه إن أحسن إليه كذا فى منية المفتى ، يعنى أنه تعليق بشرط غير متعارف نهر ، لكن فى جامع الفصولين : ولو قال إن وافيتك به غدا وإلا فعلى المال لم تصح الكفالة ، بخلاف إن لم أوافك به غدا اه :

واستشكل فى نور العين الفرق بين المسألتين لأن قوله وإلا فعلى المال بمعنى إن لم أوافك به غدا :

قلت : الظاهر أن قوله وإلا زائد ، والصواب إسقاطه بدليل كلام المنية ، وبه يزول الإشكال تدبر (قوله لعدم التنافى) إذ كل منهما للتوثق ، ولعله يطالبه بحق آخر يدعى به غير المال الذى كفل به معلقا كما فى الفتح (قوله لفقد شرط) وهو بقاء الكفالة بالنفس لزوالها بالإبراء وطولب بالفرق بينه وبين موت المطلوب ، فإنها بالموت زالت أيضا . وأجيب بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه ، والانفساخ بالموت إنما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر ، إذ لا ضرورة إلى تعديه إلى الكفالة بالمال ، كذا فى الفتح نهر (قوله طلب وارثه) أى طلب وارثه من الكفيل إحضار المكفول به فى الوقت وإن مضى الوقت طلب منه المال (قوله طولب وارثه) أى بإحضار المكفول به فى الوقت وبالمال بعده (قوله فإن دفعه) تفريع على قوله ولو مات الكفيل الخ (قوله فالقول للطالب) ويكون الأمر على ماكان فى الابتداء ولا يمين على واحد منهما لأن كلا منهما مدع : الكفيل البراءة ، والطالب الوجوب ، ولا يمين على المدعى عندنا بحر عن نظم الفقه (قوله ولو اختفى الطالب) أى عند مجىء الوقت :

مطلب فى المواضع التى ينصب فيها القاضى
وكيلا بالقبض عن الغائب المتوارى

(قوله نصب القاضى عنه وكيلا) أى فيسلمه إليه ، وكذا لو اشترى بالخيار فتوارى البائع أو حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن ، أو جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيبت ، فالمتأخرون على أن القاضى ينصب وكيلا عن الغائب فى الكل ، وهو قول أبى يوسف ، كذا فى الخانية . قال أبو الليث : هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روى فى بعض الروايات عن أبى يوسف ، ولو فعله القاضى فهو حسن نهر (قوله ولا يصدق الكفيل الخ) الأولى ذكره بعد قوله لأنه منكرها (قوله ادعى على آخر حقا) أفاد أنه لافرق بين أن يبين(١) مقدارا أصلا أو يبين

---

(١) (قوله لافرق بين أن يبين الخ) هكذا بخطه ، ولعله سقط من قلمه حرف النفى ، والأصل بين أن لايبين الخ تأمل اه مصححه .

لتصح الدعوى (فقال) رجل للمدعى دعه فأنا كفيل بنفسه و (إن لم أوافك به غدا فعليه)أى فعلى (المائة فلم يواف) الرجل (به غدافعليه المائة) التى بينها المدعى ، إما بالبينة أو بإقرار المدعى عليه ، وتصح الكفالتان لأنه إذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة بالنفس فترتب عليها الثانية (والقول له)أى للكفيل (فى البيان)لأنه يدعى صحة الكفالة وكلام السراج يفيد اشتراط إقرار المدعى عليه بالمال فليحرر ء

(لايجبر) المدعى عليه (على إعطاء الكفيل بالنفس

المقدار ولم يبين صفته ، وقد جمع بين المسألتين الإمام محمد فى الجامع الصغير ، واقتصر فى الكنز على الثانية قال فى النهر : ولو تبعه المصنف لكان أولى ، والخلاف الآتى جار فيهما خلافا لما يوهمه كلام البحر (قوله لتصح الدعوى) علة للمنفى بلم ، أفاد أن صحة الدعوى وقت الكفالة غير شرط (قوله أى فعليه المائة(١)) أى المائة الدينار المذكورة والأولى أن يزيد مائة دينار منكرة لأجل قوله حقا ، وقيد بكونه كفل بقدر معلوم ، لما فى كافى الحاكم من أنه لو كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ما للطالب عليه من شىء فلم يواف به فى الغد وقال الكفيل لاشىء لك عليه فالقول له مع يمينه على علمه ، وكذلك إذا أقر الكفيل بمائة والمطلوب بمائتين صدق المطلوب على نفسه ولم يصدق على الكفيل ؛ ولو قال فعليه من المال ما أقر به المطلوب فأقر المطلوب بألف فالكفيل ضامن لها ولو قال فعليه ما ادعى الطالب وادعى ألفا وأقر له بها المطلوب فالقول للكفيل مع يمينه على علمه اه (قوله فعليه المائة) هذا قول الإمام والثانى آخرا ء وقال محمد : إن لم يبينها ثم ادعى وبينها لا تلزمه ، وتمامه فى النهر (قوله أما بالبينة الخ) تابع فيه صاحب النهر ، وكأنه أخذه مما يأتى عن السراج من اشتراط إقرار المدعى عليه بالمال والبينة مثل الإقرار لكن هذا مخالف لكلام المصنف وغيره من أن القول للمدعى كما يأتى (قوله والقول له أى الكفيل) عبارة المصنف فى المنح : أى للمكفول له وهى الصواب ، وقد تبع الشارح الدرر ء واعترضه فى العزمية بقوله هذا سهو ظاهر والصواب للمدعى ء أما دراية فلأن قولهم لأنه يدعى الصحة يشهد بذلك ، فإن ادعاء الصحة لا يوافق مدعاه ء وأما رواية فلقوله فى معراج الدراية ويكون القول له فى هذا البيان لأنه يدعى الصحة والكفيل يدعى الفساد ذكره فى الذخيرة اه . وفى غاية البيان : ويقبل قول المدعى أنه أراد ذلك عند الدعوى لأنه يدعى الصحة اه ما فى العزمية ء

وفى النهاية : فإذا بين المدعى ذلك عند القاضى ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى والملازمة ء فتظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله فى هذا البيان لأنه يدعى صحة الكفالة اه ومثله فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان ، فهذه العبارات صريحة فى المراد ، وهو ظاهر عبارات المتون والهداية (قوله وكلام السراج يفيد الخ) وذلك حيث قال : ولو ادعى على رجل ألفا فأنكره فقال له رجل إن لم أوافك به غدا فهى علىّ فلم يوافه به غدا لا يلزمه شىء ، لأن المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها أيضا ، فصار هذا مالا معلقا بخطر فلا يجوز اه (قوله فليحرر) لا يخفى أن ما فى السراج لا يعارض ما فى مشاهير كتب المذهب التى ذكرناها ء

وقال السائحانى : الذى تحرر لى أن يحمل ما فى السراج على قول محمد وقول أبى يوسف ثانيا اه وهو ظاهر ء ولا يقال إن قول السراج فأنكره يفيد التوفيق بحمل كلامهم على الإقرار لأنه خلاف ما فرض به المسألة فى كافى

---

(١) (قوله قوله أى فعليه المائة) هكذا بخطه بضمير الغيبة ، والذى فى نسخ الشارح التى بيدى أى فعلى المائة بضمير المتكلم وليحرر اه مصححه .

في) دعوى (حد وقود) مطلقا : وقالا : يجبر فى قود وحد قذف وسرقة كتعزير لأنه حق آدمى ، والمراد بالجبر الملازمة لا الحبس (ولو أعطى) برضاه كفيلا فى قود وقذف وسرقة (جاز) اتفاقا ابن كمال ، وظاهر كلامهم أنها فى حقوقه تعالى لاتجوز نهر .

قلت : وسيجيء أنها لاتصح بنفس حد وقود فليكن التوفيق

الحاكم من كون الكفيل والمطلوب منكرين للمال (قوله فى دعوى حد وقود) قيد بالدعوى لأن الكفالة بنفس الحد والقود لا تجوز إجماعا كما يأتى إذ لايمكن استيفاؤهما من الكفيل ، وقيد بالقصاص لأنه فى القتل والجراحة خطأ يجبر عليه الكفيل إجماعا لأن الموجب هو المال نهر (قوله مطلقا) أى فى حقه تعالى أو حق عبد وهذا راجع لقوله حد ، والأولى ذكره عقبه (قوله وسرقة) هذا ألحقه التمرتاشى وجعله من حقوق العباد لكون الدعوى فيه شرطا ، بخلاف غيره لعدم اشتراطها بحر .

قلت : قد صرح به الحاكم فى الكافى حيث قال : ولو ادعى رجل قبل رجل أنه سرق مالا منه وقال بينتى حاضرة فإنه يؤخذ له كفيل بنفسه ثلاثة أيام ، ولو قال قد قبضت منه السرقة ولكنى أريد أن أقيم الحد لم يؤخذ منه كفيل ثم قال : وإذا أقام شاهدين على السارق وعلى السرقة وهى بعينها فى يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكن يحبس وتوضع السرقة على يدى عدل حتى يزكى الشهود اه .

قلت : والظاهر أنه يحبس ولا يكفل فى الثانية لأنه صارمتهما بقيام البينة قبل التزكية والمتهم يحبس كما يأتى وفى الأولى لم يحبس لأن الحبس عقوبة فلا يفعلها قبل الشهادة (قوله كتعزير) قال فى الكافى : لو ادعى رجل قبل رجل شتيمة فيها تعزير وقال بينتى حاضرة أخذ له منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لأنه ليس بحد وهو من حقوق الناس ، ألا ترى أنه لو عفا عنه وتركه جاز ثم قال : وإن أقام عليه شاهدين بالشتيمة لم يحبس ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود ، فإن زكوا عزره القاضى أسواطا ، وإن رأى أن لا يضر به وأن يحبسه أياما عقوبة فعل ، وإن كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره إذا كان ذلك أول ما فعل اه (قوله لأنه حق آدمى) ظاهره أن ما كان أى من التعزير من حقوقه تعالى لايجوز به التكفيل كالحد بحر (قوله والمراد بالجبر) أى على قولهما كما فى البحر (قوله الملازمة) أى بأن يدور معه الطالب حيث دار كى لا يتغيب عنه : وإذا أراد دخول داره ، فإن شاء المطلوب أدخله معه وإلا منعه الطالب عنه نهر (قوله جاز) لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم هداية .

قال فى الفتح : ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها فى الحدود الخالصة لأن تسليم النفس واجب فيها لكن نص فى الفوائد الخبازية على أن ذلك فى الحدود التى للعباد فيها حق كحد القذف لا غير اه نهر : وفى البحر قدمنا أنه لا تجوز بنفس من عليه فى الحدود الخالصة (قوله وظاهر كلامهم) أى حيث اقتصروا على هذه الثلاثة ، وقد أسمعناك التصريح به فى الفتح عن الخبازية ، وذكره قبل ذلك أيضا حيث قال : بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب لايجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها ثم ذكر وجهه (قوله فليكن التوفيق) أى فليكن ظاهر كلامهم المذكور توفيقا بين ما ذكره المصنف من أنه لو أعطى كفيلا برضاه جاز وبين ما سيجيء بحمل ما هنا على حقوق العباد وما سيجيء على حقوقه تعالى ، لكن فيه أن الكفالة بنفس الحد لا تصح مطلقا ، لأن حد السرقة وإن كان ملحقا بحقوق العباد كما مر ، لكن إذا قال قبضت السرقة وقال أريد إقامة الحد لم يؤخذ له كفيل كما قدمناه ، فالأظهر أن يكون مراده أن ما سيجيء

(ولا حبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو) واحد (وعدل) يعرفه القاضى بالعدالة ، لأن الحبس للتهمة مشروع وكذا تعزير المتهم بحر [فوائد]لايلزم أحدا إحضار أحد فلا يلزم الزوج إحضار زوجته لسماع دعوى عليها إلا فى أربع : كفيل نفس ، وسجان قاض ، والأب فى صورتين فى الأشباه : وفى حاشيتها لابن المصنف معزيا لإحكامات العمادية

من قولهم لا تصح بنفس حد وقود هو التوفيق بينه وبين ما هنا من أنه لو أعطى كفيلا برضاه جاز ، فإن ذاك فى أنها لا تصح بنفس الحد والقود ، وما هنا من الجواز فى دعوى الحد والقود كما أشار إليه أولا حيث قال فى دعوى حد وقود (قوله ولا حبس فيهما) أى فى الحدود والقصاص (قوله يعرفه القاضى بالعدالة) أى فلا يحتاج إلى تعديله (قوله لأن الحبس للتهمة مشروع) أى والتهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة العدد أو العدالة فتح وهذا جواب عما قد يقال الحبس أقوى من الكفالة فإذا لم يؤاخذ بالأدنى كيف يؤاخذ بالأقوى فأجاب بأن الحبس للتهمة لا للحد أفاده السائحانى :

مطلب فى تعزير المتهم

(قوله وكذا تعزير المتهم) أى فى غير هذه المسألة وإلا فهى أيضا من تعزير المتهم فإن الحبس من أنواع التعزير : وعبارة البحر : وكلامهم هنا يدل ظاهرا على أن القاضى يعزر المتهم وإن لم يثبت عليه : وقد كتبت فيها رسالة : وحاصلها أن ما كان من التعزير من حقوقه تعالى لايتوقف على الدعوى ولا على الثبوت ، بل إذا أخبر القاضى عدل بذلك عزره لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو عدل والحبس تعزير اه ملخصا :

وحاصله جواز تعزير المتهم فيما هو من حقوقه تعالى ، ويدل عليه ماقدمناه آنفا عن الكافى من جواز حبسه إذا أقيمت البينة على السرقة حتى تزكى الشهود ، بخلاف ما إذا أقيمت على شتمه فإنه يكفل ولا يحبس إلا بعد تزكيتهم فحينئذ يضرب أو يحبس :

[تنبيه] أورد فى النهر أن تعزير القاضى المتهم وإن لم يثبت عليه مبنى على خلاف المفتى به عند المتأخرين من أنه ليس للقاضى أن يقضى بعلمه . ثم أجاب بأن الخلاف فيما كان من حقوق العباد ، أما فى حقوقه تعالى فيقضى فيها بعلمه اتفاقا . ثم قال : فما يكتب من المحاضر فى حق إنسان فإن للحاكم أن يعتمده من العدول ويعمل بموجبه فى حقوقه تعالى اه ملخصا :

قلت : وهذا خاص بالتعزير لأن قضاءه بعلمه فى الحدود الخالصة لايصح اتفاقا كما صرح به فى الفتح قبيل باب التحكيم ، وكذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى ، وجزم به فى شرح أدب القضاء بلا حكاية خلاف ، فما أجاب به فى النهر غير صحيح ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى فى باب كتاب القاضى إلى القاضى .

مطلب لايلزم أحدا إحضار أحد إلا فى أربع

(قوله إلا فى أربع) استثناء من قوله لايلزم أحدا (قوله كفيل نفس) أى عند القدرة أشباه (قوله وسجان قاض) أى إذا خلى رجلا من المسجونين حبسه القاضى بدين عليه فلرب الدين أن يطلب السجان بإحضاره كما فى القنية أشباه ، وقيد بإحضاره إذ لايلزمه الدين لعدم موجبه (قوله والأب فى صورتين) الأولى الأب إذا أمر أجنبيا بضمان ابنه فطلبه الضامن منه ، الثانية ادعى الأب مهر ابنته من الزوج فادعى الزوج أنه دخل بها وطلب من الأب إحضارها فإن كانت تخرج فى حوائجها أمر القاضى الأب بإحضارها ، وكذا لو ادعى الزوج عليها شيئا آخر وإلا أرسل إليها أمينا من أمنائه ذكره الولوالجى أشباه .

الأب يطالب بإحضاره طفله إذا تغيب وفيها القاضى يأخذ كفيلا باحضار المدعى ، وكذا المدعى عليه إلا فى أربع مكاتبه ، ومأذونه ، ووصى ، ووكيل إذا لم يثبت المدعى الوصاية والوكالة . وفى شرح المجمع عن محمد إذا كان المدعى عليه معروفا لايجبر على الكفيل ولو كان غريبا لايجبر اتفاقا بل حقه فى اليمين فقط اه بإبراء الأصيل يبرأ الكفيل إلا كفيل النفس إلا إذا قال لاحق لى قبله ولا لموكلى ولا ليتيم أنا وصيه ولا لوقف أنا متوليه فحينئذ يبرأ الكفيل أشباه (و) أما (كفالة المال)

قلت : والمقصود من طلب إحضارها أن يسألها القاضى عن دعوى الزوج أنه دخل بها ، فإن أقرت بذلك أجبرها القاضى على المصير إلى بيت الزوج ، وإن أنكرت فالقول قولها كذا فى الولوالجية ، وهكذا فهمته قبل أن أراه ، ولله تعالى الحمد فافهم ، وهذا مبنى على القول بأنها بعد الدخول بها برضاها ليس لها منع نفسها لقبض المهر (قوله الأب يطالب بإحضار طفله إذا تغيب) أى إذا كان مأذونا فى التجارة وطلب من رجل أن يضمنه فافهم ، وهذه غير الأولى من الصورتين السابقتين ، وقدمناه عن الكافى ، وكذا قال فى جامع الفصولين من الإحكامات : لو تغيب الغلام وأخذ الكفيل أبا الغلام وقال أنت أمرتنى أن أضمنه فخلصنى فإن الأب يؤاخذ به حتى يحضر ابنه إذ الصبى فى يده وتدبيره ، وكذا قالوا إن الصبى المأذون لو أعطى كفيلا بنفسه ثم تغيب الصبى فإن الأب يطالب بإحضاره بخلاف أجنبى قال أكفل بنفس زيد وكفل فغاب زيد فالآمر بالكفالة لايطالب بإحضار زيد لأنه لم يكن بيده وتدبيره اه (قوله وفيها) أى فى الأشباه (قوله بإحضار المدعى) بالفتح : أى المدعى به إذا كان منقولا (قوله وكذا المدعى عليه) أى يأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه إذا برهن المدعى ولم تزك شهوده ، أو أقام واحدا أو ادعى وقال شهودى حضور ، ولا يجبر على إعطاء كفيل بالمال أشباه (قوله إلا فى أربع الخ) عبارة الأشباه : ويستثنى من طلب كفيل بنفسه إذا كان المدعى عليه وصيا أو وكيلا ولم يثبت المدعى الوصاية والوكالة وهما فى أدب القضاء للخصاف ، وما إذا ادعى بدل الكتابة على مكاتبه أو دينا غيرها ، وما إذا ادعى العبد المأذون الغير المديون على مولاه دينا ، بخلاف ما إذا ادعى المكاتب على مولاه أو المأذون المديون فإنه يكفل كذا فى كافى الحاكم اه (قوله إذا لم يثبت المدعى الوصاية والوكالة) لأن المدعى عليه إذا أنكر كونه وصيا أو وكيلا لم يكن خصما عن الميت أو الغائب بل هو أجنبى ، فإذا قال المدعى عندى بينة على كونه وصيا أو وكيلا لم يؤخذ له كفيل من المدعى عليه بنفسه ، لأن الوصاية أو الوكالة ليست حقا على المدعى عليه ، أما لو أثبت ذلك وأراد أن يثبت دينا له على الميت أو الموكل فقد صار المدعى عليه خصما ، فإذا قال للقاضى لى بينة حاضرة فى المصر فخذ لى كفيلا بنفسه إلى ثلاثة أيام مثلا فإنه يجيبه ، هذا ماظهر لى فى تقرير هذا المحل (قوله لايجبر على الكفيل) وفى ظاهر الرواية يجبر ، كما أنه يجبر على إعطاء الكفيل وإن كان المال حقيرا ط عن حاشية أبى السعود (قوله إلا كفيل النفس) فإن الطالب إذا أقر أنه لاحق له قبل المكفول به فإن أبا حنيفة قال له أن يأخذ الكفيل به ، ألا ترى أنه يكون وصيا يثبت عليه أو وكيلا في خصومة كافى .

مطلب كفالة المال

(قوله وأما كفالة المال الخ) معطوف على قوله وكفالة النفس قال فى شرح الملتقى : وزاد بعضهم الكفالة بتسليم المال . ويمكن دخوله فى المال فلا يحتاج إلى جعله قسما ثالثا فتأمل اه . وهو ظاهر مافى البحر عن التتارخانية له مال على رجل فقال رجل للطالب ضمنت لك ماعلى فلان أن أقبضه وأدفعه إليك قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده إنما هو على أن يتقاضاه ويدفعه إليه وعلى هذا معانى كلام الناس ، ولو غصب من مال رجل

ة (تصح ولو) المال (مجهولا به إذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) إلا إذا كان الدين مشتركا كما سيجيء ، لأن قسمة الدين قبل قبضه لاتجوز ظهيرية

ألفا فقتله المغصوب منه وأراد أخذها منه فقال رجل لاتقاتله فأنا ضامن لها آخذها وأدفعها إليك لزمه ذلك ، ولو كان الغاصب استهلك الألف وصارت دينا كان هذا الضمان باطلا وكان عليه ضمان التقاضى اه فهذه الألفاظ لاتكون كفالة بنفس المال بل بتقاضيه وهذا إذا لم يذكره معلقا .

ففى جامع الفصولين : قال دينك الذى على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه أنا أقبضه لايكون كفيلا مالم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام . ثم قال : لو أتى بهذه الألفاظ منجزا لايصير كفيلا ، ولو معلقا كقوله لولم يؤد فأنا أؤدى فأنا أدفع يصير كفيلا اه .

مطلب كفالة المال قسمان : كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه

وقد علم بما مر أن كفالة المال قسمان ، كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه ، ومن الثانى الكفالة بتسليم عين كأمانة ونحوها كما يأتى ، ومنه أيضا قوله ولو غصب من مال رجل الخ لأن دراهم الغصب تتعين فيجب رد عينها لو قائمة ، بخلاف ماإذا هلكت لأنها تصير دينا فلا تصح الكفالة بدفعها بل يصير كفيلا بالتقاضى : وبه ظهر الفرق بين المسألتين (قوله فتصح به) أطلقه فشمل ما إذا كان الأصيل مطالبا به الآن أولا ، فتصح عن العبد المحجور بما يلزمه بعد العتق باستهلاك أو قرض ويطالب الكفيل الآن ، كما لو فلس القاضى المديون وله كفيل فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل دون الكفيل كما فى التتارخانية نهر ، وشمل كفالة المال عن الأصيل وعن الكفيل بأن كفل عن الكفيل كفيل آخر بما على الأصيل كما قدمناه أول الباب عن الكافى . وقال فى البحر أطلق صحتها فشمل كل من عليه المال حرا كان أو عبدا مأذونا أو محجورا صبيا أو بالغا رجلا أو امرأة مسلما كان أو ذميا وكل من له المال ، لكن فى البزازية : الكفالة للصبى التاجر صحيحة لأنه تبرع عليه ، وللصبى العاقل غير التاجر روايتان اه . وذكر الحاكم الشهيد أن الجواز قول أبى يوسف : وفى التتارخانية : إذا كفل رجل لصبى ، إن كان الصبى تاجرا صح بخطابه وقبوله وإن كان محجورا فإن قبل عنه وليه أو أجنبى وأجاز وليه جاز وإن لم يخاطب ولى ولا أجنبى بل الصبى فقط فعن الخلاف اه :

قلت : والظاهر أن مبنى الخلاف على أنه هل يشترط فى الكفالة القبول فى المجلس ولو من فضولى : وعند أبى يوسف لا يشترط ، وسيأتى اختلاف التصحيح ، وقد صرحوا بأنه يصح ضمان الولى مهر الصغيرة وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله ولو المال مجهولا) لابتنائها على التوسع ، وقد أجمعوا على صحتها بالدرك مع أنه لايعلم كم يستحق من المبيع نهر ، ويأتى فى المتن أربعة أمثلة للمجهول وفى الفتح وما أوقض به من أنه لو قال كفلت لك بعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع ، بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه أن يبين أى مقدار شاء اه :

وفى البحر عن البدائع : لو كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء اه ومثله فى الكافى (قوله إذا كان ذلك المال دينا صحيحا) يأتى تفسيره ودخل فيه المسلم فيه ، فتصح الكفالة به كما عزاه الحانوتى إلى شرح التكملة . ويشترط أيضا أن يكون الدين قائما كما قدمه أول الباب (قوله كما سيجيء) فى قوله ولا لشريك بدين مشترك فهذا دين صحيح لا تصح به الكفالة (قوله لأن قسمة الدين قبل قبضه لاتجوز) لأنه إما أن يكفل نصفا مقدرا فيكون قسمة الدين قبل قبضه أو نصفا شائعا فيصير كفيلا لنفسه ، لأن له أن يأخذ من المقبوض نصفه

وإلافى مسألة النفقة المقررة فتصح مع أنها تسقط بموت وطلاق أشباه ، وكأنهم أخذوا فيها بالاستحسان للحاجة لابالقياس وإلا فى بدل السعاية عنده بزازية وكأنه ألحق ببدل الكتابة وإلا فهو لايسقط لأنه لايقبل التعجيز : فيلغز : أى دين صحيح ولا تصح الكفالة به ، وأى دين ضعيف وتصح به . (و) الدين الصحيح (هو مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء) ولوحكما بفعل يلزمه سقوط الدين فيسقط دين المهر بمطاوعتها لابن الزوج للإبراء الحكمى ابن كمال

كما فى النهر عن المحيط (قوله وإلا فى مسألة النفقة المقررة) ماقبل هذا الاستثناء وما بعده استثناء من صريح قوله إذا كان دينا صحيحا ، وهذا استثناء من مفهومه فإنه يفهم منه أنه إذا كان الدين غير صحيح لا تصح الكفالة فقال إلا فى مسألة النفقة المقررة فإنها تصح الكفالة بها مع أنها دين غير صحيح لسقوطها بموت أو طلاق ، وهذا إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضى ، وإلا فهى دين صحيح لا يسقط إلا بالقضاء أو الإبراء ، والمراد بالمقررة ما قرر منها بالتراضى أو بقضاء القاضى : وتصح الكفالة أيضا بالنفقة المستقبلة كما يذكره الشارح بعد أسطر مع أنها لم تصر دينا أصلا : وأما ما قدمه أول الباب من أنها لا تصح بالنفقة قبل الحكم فمحمول على الماضية لأنها تسقط بالمضى إلا إذا كانت مقررة بالتراضى أو بقضاء القاضى كما حررناه هناك (قوله وإلا فى بدل السعاية) أى كما إذا أعتق بعضه وسعى فى باقيه : وفى كافى الحاكم : والمستسعى فى بعض قيمته بعد ما عتق بمنزلة المكاتب في قول أبى حنيفة لا تجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه ، وكذلك المعتق عند الموت إذا لم يخرج من الثلث فتلزمه السعاية وأما المعتق على جعل فهو بمنزلة الحر والكفالة للمولى بالجعل عنه وغيره جائزة اهـ (قوله فيلغز أى دين صحيح الخ) فيقال هو بدل السعاية وكذا الدين المشترك كما علمته :

قال فى النهر : فإن قلت : دين الزكاة كذلك ولا تصح الكفالة به :

قلت : إنما لم تصح لأنه ليس دينا حقيقة من كل وجه اهـ :

قلت : وفى قوله كذلك نظر لأن الدين الصحيح مالايسقط إلابالأداء أوالإبراء ودين الزكاة يسقط بالموت وبهلاك المال فلا يرد السؤال من أصله (قوله وأى دين ضعيف) هو دين النفقة (قوله ولو حكما) أي ولو كان الإبراء حكما ط (قوله بفعل) الباء للسببية ط (قوله فيسقط دين المهر) الأولى فدخل دين المهر الساقط بمطاوعتها ط (قوله للإبراء الحكمى) لأن تعمدها ذلك قبل الدخول مسقط لمهرها فكأنها أبرأته منه ، لكن بقى أن المهر يسقط منه نصفه بالطلاق قبل الدخول مع أنه لم يوجد من الزوج إبراء أصلا لا حقيقة ولا حكما إذ لا يتصور كون الطلاق قبل الدخول إبراء لنصف المهر لأنه بطلاقه سقط عنه لا عنها . وقد يجاب بأن المهر وجب بنفس العقد ، لكن مع احتمال سقوطه بردتها أو تقبيلها ابنه أو تنصفه بطلاقها قبل الدخول ، ويتأكد لزوم تمامه بالوطء ونحوه حتى إنه بعد تأكده بالدخول لا يسقط وإن كانت الفرقة من قبل المرأة كالثمن إذا تأكد بقبض المبيع كما قدمناه فى باب المهر ، وقد صرحوا هناك بصحة كفالة ولى الصغيرة بالمهر ، وكذا كفالة وكيل الكبيرة ، ولم يقيدوه بكونه بعد الدخول . ووجه ذلك والله تعالى أعلم أن احتمال سقوطه أو سقوط نصفه لايضر لأنه بعد السقوط تظهر براءة الكفيل كما لا يضر احتمال سقوط ثمن المبيع باستحقاق المبيع أو برده بخيار عيب أو شرط أو رؤية ، فإن الكفيل به يبرأ من الكفالة مع أن الثمن عند العقد كان دينا صحيحا يصدق عليه أنه لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء : أى لا يسقط إلا بذلك ما لم يعرض له مسقط لاسخ لحكم العقد وهو لزوم الثمن لأنه بأحد هذه الأشياء ظهر أن العقد غير ملزم للثمن فى حق العاقدين فكذا عقد النكاح يلزم به تمام المهر بحيث لايسقط إلا بالأداء

(فلا تصح ببدل الكتابة) لأنه لايسقط بدونها بالتعجيز ، ولو كفل وأدى رجع بما أدى بحر ؛ يعنى لو كفل بأمره ، وسيجىء قيد آخر (بكفلت) متعلق بتصح (عنه بألف) مثال المعلوم (و) مثل المجهول بأربعة أمثلة (بمالك عليه ، وبما يدركك فى هذا البيع) وهذا يسمى ضمان الدرك (وبما بايعت فلانا فعلى) وكذا قول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبدا مادامت الزوجية خانية فليحفظ

أو الإبراء ما لم يعرض له مسقط لكله أو نصفه لأنه انعقد من أصله محتملا لسقوطه بذلك المسقط فإذا عرض ذلك المسقط تبين أنه لم يجب من أصله بخلاف سقوطه بالأداء أو الإبراء فإنه مقتصر على الحال :

وبهذا التقرير ظهر أنه لاحاجة إلى ما نقله عن ابن كمال ، فاغتنم ذلك ولله الحمد (قوله فلا تصح ببدل الكتابة) وكذا لا تصح الكفالة بالدية كما فى الخلاصة والبزازية :

وفى الظهيرية : واعلم أن الكفالة ببدل الكتابة والدية لاتصح اه ونقلها فى التتارخانية عن الظهيرية ولم ينقل فيه خلافا ، ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة رملى ، ولعل وجهه أن الدية ليست دينا حقيقة على العاقلة لأنها إنما تجب أولا على القاتل ثم على العاقلة بطريق التحمل والمعاونة ، والظاهر أنها لو وجبت فى مال القاتل كما لو كانت باعترافه تصح الكفالة بها فتأمل . وفى كافى الحاكم قال : إن قتلك فلان خطأ فأنا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن لديته (قوله بالتعجيز) بدل من قوله بدونهما .

وحاصله أن عقد الكتابة عقد غير لازم من جانب العبد فله أن يستقل باسقاط هذا الدين بأن يعجز نفسه متى أراد فلم يكن دينا صحيحا لأن العقد من أصله لم ينعقد ملزما لبدل الكتابة لأنه دين للسيد على عبده ولا يستحق السيد على عبده دينا ولذا ليس له حبسه به فظهر الفرق بينه وبين المهر والثمن فتدبر (قوله ولو كفل) أى ضمن بدل الكتابة (قوله يعنى الخ) هذا ذكره صاحب النهر (قوله وسيجىء) أى عند قوله وبالعهدة وبالخلاص (قوله قيد آخر) هو إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق :

قلت : ويظهر من هذا أنه يرجع على المولى لأنه دفع له مالا على ظن لزومه له ثم تبين عدمه ، وحينئذ فلا فائدة للقيد الأول إلا إذا كان المراد الرجوع على المكاتب تأمل ، ثم رأيت بعض المحشين ذكر نحو ما قلته (قوله بكفلت الخ) أشار إلى أن الكفالة بالمال لاتكون به ما لم يدل عليه دليل وإلا كانت كفالة نفس وإلى أن سائر ألفاظ الكفالة المارة فى كفالة النفس تكون كفالة مال أيضا كما حررناه هناك ، وإلى ما فى جامع الفصولين من أنه لو قال دينك الذى على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسامه أنا أقبضه لا يصير كفيلا مالم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام كقوله كفلت ضمنت على إلى وقدمنا عنه قريبا فى أنا أدفعه الخ لو أتى بهذه الألفاظ منجزا لا يصير كفيلا ولو معلقا كقوله لو لم يؤد فأنا أؤدى فأنا أدفع يصير كفيلا (قوله بمالك عليه) قال فى البحر : وسيأتى أنه لا بد من البرهان أن له عليه كذا أو إقرار الكفيل وإلا فالقول له مع يمينه اه وقدمنا عن الفتح صحة الكفالة بكفلت ببعض مالك عليه ويجبر الكفيل على البيان (قوله وهذا يسمى ضمان الدرك) بفتحتين وبسكون الراء : وهو الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع ، وتمامه فى البحر : وشرطه ثبوت الثمن على البائع بالقضاء كما سيذكره المصنف آخر الباب ويأتى بيانه (قوله وبما بايعت فلانا فعلى) معطوف على قوله بكفلت فهو معلق أيضا بتصح لا على قوله بألف إذ لا يناسبه جعل ما شرطية جوابها قوله فعلى (قوله وكذا قول الرجل الخ) فى الخانية : قال لغيره إدفع إلى فلان كل يوم درهما على أن ذلك على فدفع حتى اجتمع عليه مال كثير فقال الآمر لم أرد جميع ذلك كان عليه الجميع بمنزلة قوله ما بايعت فلانا فهو على يلزمه جميع ما بايعه وهو كقوله لامرأة الغير كفلت لك

(وماغصبك فلان فعلى) ماهنا شرطية أى إن بايعته فعلى لا ما اشتريته لما سيجىء أن الكفالة بالمبيع لاتجوز ، وشرط فى الكل القبول : أى ولو دلالة ، بأن بايعه أو غصب منه للحال نهر . ولو باع ثانيا لم يلزم الكفيل إلا فى كلما ، وقيل يلزم إلا فى إذا وعليه القهستانى والشرنبلالى فليحفظ ؛ ولو رجع عنه الكفيل قبل المبايعة صح ، بخلاف الكفالة بالذوب

بالنفقة أبدا يلزمه النفقة أبدا ما دامت فى نكاحه ؛ ولو قال لها : ما دمت فى نكاحه فنفقتك على فإن مات أحدهما أو زال النكاح لا تبقى النفقة اه وقدمنا فى باب النفقات لزوم الكفيل نفقة العدة أيضا (قوله وما غصبك فلان) وكذا ما أتلف لك المودع فعلى ، وكذا كل الأمانات جامع الفصولين (قوله ما هنا شرطية) أى فى قوله ما بايعت وما غصبك (قوله أى إن بايعته فعلى لا ما اشتريته) أراد بيان أمرين : كون ما المجرد الشرط مثل إن ، وكون المكفول به الثمن لا المبيع بقرينة التعليل .

وعبارة الدرر أظهر فى المقصود حيث قال أى مابايعت منه فإنى ضامن لثمنه لا ما اشتريته فإنى ضامن للمبيع ، لأن الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتى . ثم قال : وما فى هذه الصور شرطية معناه إن بايعت فلانا فيكون فى معنى التعليق اه وما كتبه ح هنا لايخفى ما فيه على من تأمله فافهم .

[تنبيه] قيد بضمان الثمن ؛ لما فى البحر عن البزازية : لو قال بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلى لم يصح اه . قال الخير الرملى : وهو صريح بأن من قال استأجر طاحونة فلان وما أصابك من خسران فعلى لم يصح وهى واقعة الفتوى اه (قوله لما سيجىء) أى فى قوله ولا بمبيع قبل قبضه وهذا فى البيع الصحيح ، وسيأتى تمامه (قوله بأن بايعه الخ) تصوير للقبول دلالة .

وعبارة النهر هكذا ، وفى الكل يشترط القبول إلا أنه فى البزازية قال طلب من غيره قرضا فلم يقرضه فقال رجل أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن فأقرضه فى الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحا يصح ويكفى هذا القدر اه وينبغى أن يكون ما بايعت فلانا أو ما غصبك فعلى كذلك إذا بايعه أو غصب منه للحال اه ما فى النهر .

قلت : ما ذكره فى المبايعة صحيح ، بخلاف الغصب فإن الطالب مغصوب منه فكيف يتصور كون الغصب قبولا منه للكفالة لأن الغصب فعل غيره ، أما المبايعة فهى فعله ، فإقدامه عليها فى الحال يصح كونه قبولا منه فافهم (قوله إلا فى كلما) هذا ما مشى عليه العينى وابن الهمام .

قال فى الفتح لأن المعنى إن بايعته فعلى درك البيع ، وإن ذاب لك عليه شىء فعلى ، وكذا ما غصبك فعلى وإذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الأولى ، فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن فى المبايعة الثانية ذكره فى المجرد عن أبى حنيفة نصا وفى نوادر أبى يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله اه (قوله وقيل يلزم) أى فى ما مثل كلما وكذا الذى (قوله إلا فى إذا) أى ونحوها مما لا يفيد التكرار مثل متى وإن قال فى النهر : وفى المبسوط لو قال : متى أو إذا أو إن بايعت لزمه الأول فقط بخلاف كلما وما اه وزاد فى المحيط الذى اه ومقتضى ما مر عن الفتح أن ما فى المبسوط رواية عن أبى يوسف وأن الأول قول الإمام : ونقل ط التصريح بذلك عن حاشية سرى الدين على الزيلعى عن المحيط وغيره ، لكن ما فى المبسوط هو الذى فى كافى الحاكم ولم يذكر فيه خلافا فكان هو المذهب .

والحاصل الاتفاق على إفادة التكرار فى كلما وعلى عدمها فى إذا ومتى وإن والخلاف فى ما (قوله وعليه القهستانى والشرنبلالى) ومشى عليه أيضا فى جامع الفصولين (قوله ولو رجع عنه الكفيل الخ) فى البزازية تبعا للمبسوط :

وبخلاف : ماغصبك الناس أو من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك أو من غصبته أو قتلته فأنا كفيله فإنه باطل ، كقوله ماغصبك أهل هذه الدار فأنا ضامنه فإنه باطل حتى يسمى إنسانا بعينه (أو علقت بشرط صريح ملائم) أى موافق للكفالة بأحد أمور ثلاثة : بكونه شرطا للزوم الحق (نحو) قوله (إن استحق المبيع) أو جحدك المودع أو غصبك كذا أو قتلك أو قتل ابنك أو صيدك فعلىّ الدية ورضى به المكفول جاز ؛ بخلاف إن أكلك سبع

لو رجع عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته لم يلزمه بعد ذلك شيء ، ولم يشترط الولوالجى نهيه عند الرجوع حيث قال لو قال رجعت عن الكفالة قبل المبايعة لم يلزم الكفيل شيء ، وفى الكفالة بالذوب لا يصح والفرق أن الأولى مبنية على الأمر دلالة وهذا الأمر غير لازم وفى الثانية مبنية على ماهو لازم اه وهو ظاهر نهر أى لأن قوله كفلت لك مما ذاب لك على فلان : أى بما ثبت لك عليه بالقضاء كفالة بمحقق لازم ، بخلاف بما بايعته فإنه لم يتحقق بعد بيانه ما فى البحر عن المبسوط لأن لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل ، فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم فى ذمته شيئا فيصح رجوعه ، يوضحه أن بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرور عن الطالب لأنه يقول إنما اعتمدت فى المبايعة معه كفالة هذا الرجل ، وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة اه (قوله وبخلاف ما غصبك الناس الخ) مرتبط بالمتن :

قال فى الفتح : قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فإن جهالته تمنع صحة الكفالة اه وقد ذكر الشارح ست مسائل ، فنى الأولى جهالة المكفول عنه ، وفى الثانية والثالثة والرابعة جهالة المكفول بنفسه ، وفى الخامسة والسادسة جهالة المكفول له ، وهذا داخل تحت قوله الآتى ولا تصح بجهالة المكفول عنه الخ (قوله كقوله ماغصبك أهل هذه الدار الخ) أى لأن فيه جهالة المكفول عنه ، بخلاف ما او قال لجماعة حاضرين مابايعتموه فعلىّ فإنه يصح ، فأيهم بايعه فعلى الكفيل . والفرق أنه فى الأولى ليسوا معينين معلومين عند المخاطب وفى الثانية معينون :

والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة ، وفى التخيير لاتمنع نحو كفلت مالك على فلان أو فلان كذا فى الفتح نهر ؛ وذكر فى الفتح أنه يجب كون أهل الدار ليسوا معينين معلومين عند المخاطب وإلا فلا فرق (قوله أو علقت بشرط صريح) عطف على قوله بكفلت من حيث المعنى فإنه منجز ، فهو فى معنى قولك إذا نجزت أو علقت الخ والمراد بالصريح ماصرح به بأداة التعليق وهى إن أو إحدى أخواتها ، فدخل فيه بالأولى ماكان فى معنى التعليق مثل علىّ فإنه يسمى تقييدا بالشرط لاتعليقا محضا كما يعلم مما مر فى بحث مايبطل تعليقه ، أو المراد بالصريح ماقابل الضمنى فى قوله مابايعت فلانا فعلىّ فإن المعنى إن بايعت كما فى الفتح ، وقد عده فى الهداية من أمثلة المعلق بالشرط فافهم (قوله ملائم) أى موافق من الملاءمة بالهمز وقد تقلب ياء (قوله بأحد أمور) متعلق بموافق والباء للسببية ط (قوله بكونه شرطا الخ) بدل من أحد أمور بدل مفصل من مجمل ط . وعبر فى الفتح بدل الشرط بالسبب وقال فإن استحقاق المبيع سبب لوجود الثمن على البائع للمشترى (قوله أو جحدك المودع) ومثله إن أتلف لك المودع وكذا كل الأمانات كما قدمناه عن الفصولين (قوله أو قتلك) أى خطأ كما فى الفتح عن الخلاصة ، وقدمناه عن الكافى ، وقدمنا أيضا عن عدة كتب أن الكفالة بالدية لاتصح فليتأمل (قوله فعلى الدية) أراد بها البدل فيشمل باقى الأمثلة (قوله ورضى به المكفول) أى المكفول له (قوله بخلاف إن أكلك السبع) لأن فعله غير مضمون لحديث « جرح العجماء جبار »

(أو) شرطا (لإمكان الاستيفاء نحو إن قدم زيد) فعلى ماعليه من الدين ، وهو معنى قوله (وهو) أى والحال أن زيدا (مكفول عنه) أو مضاربه أو مودعه أوغاصبه جازت الكفالة المتعلقة بقدومه لتوسله للأداء (أو) شرطا (لتعذره) أى الاستيفاء (نحو إن غاب زيد عن المصر) فعلى وأمثلته كثيرة ، فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها (ولا تصح) إن علقت (بـ) غير ملائم (نحو إن هبت الريح أو جاء المطر) لأنه تعليق بالخطر فتبطل ولا يلزم المال

(قوله أو شرطا لإمكان الاستيفاء الخ) أى لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الأصيل . قال فى الفتح : فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه (قوله وهو معنى قوله) أى ماذكر من كون التقدير فعلىّ ماعليه من الدين هو معنى قوله وهو مكفول عنه (قوله أو مضاربه) الضمير فيه وفيما بعده يرجع إلى المكفول عنه اهـ ح ؛ وقد أفاد أنه لابد أن يكون قدوم زيد وسيلة للأداء فى الجملة وإن لم يكن أصيلا ، بخلاف ما إذا كان أجنبيا من كل وجه وهذا ماحققه فى النهر والرملى فى حاشية البحر ردا على مافهمه فى البحر ؛

قلت : ومن أمعن النظر فى كلام البحر لم يجده مخالفا لذلك بل مراده ماذكر ، فإنه ذكر أولا أن كلام القنية شامل لكون زيد أجنبيا . ثم قال : والحق أنه لايلزم أن يكون مكفولا عنه لما فى البدائع لأن قدومه وسيلة إلى الأداء فى الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو مضاربه اهـ . ثم قال : وعبارة البدائع أزالت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس اهـ فهذا ظاهر فى أنه لم يرد الأجنبى من كل وجه تأمل (قوله وأمثلته كثيرة) منها مافى الدراية ضمنت كل مالك على فلان إن توى ، وكذا إن مات ولم يدع شيئا فأنا ضامن ، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علىّ وإن حل مالك على فلان أو إن مات فهو علىّ ، وقدمنا عن الخالية إن غاب ولم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافى به بعد الغيبة : وعن محمد : إن لم يدفع مديونك أو إن لم يقضه فهو علىّ ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا أدفعه ولا أقضيه وجب على الكفيل الساعة ؛ وعنه أيضا إن لم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ، ولو بعد التقاضى قال أنا أعطيك ، فإن أعطاه مكانه أوذهب به إلى السوق أو منزله وأعطاه جاز ، وإن طال ذلك ولم يعطه لزم الكفيل ؛ وفى القنية : إن لم يؤد فلان مالك عليه إلى ستة أشهر فأنا ضامن له يصح التعليق لأنه شرط متعارف نهر ؛

قلت : ويقع كثيرا فى زمالنا إن راح لك شىء عنده فأنا ضامن ، وهذا معنى قوله المار إن توى: أى هلك، وسيأتى فى الحوالة أن التوى عند الإمام لايتحقق إلا بموته مفلسا ؛

مطلب فى تعليق الكفالة بشرط غير ملائم وفى تأجيلها

(قوله ولا تصح إن علقت بغير ملائم الخ) اعلم أن ههنا مسألتين :

إحداهما تأجيل الكفالة إلى أجل مجهول ، فإن كان مجهولا جهالة متفاحشة كقوله كفلت لك بزيد أو كفلت بمالك عليه إلى أن يهب الريح أو إلى أن يجىء المطر لايصح ، ولكن تثبت الكفالة ويبطل الأجل ؛ ومثله إلى قدوم زيد وهو غير مكفول به ، وإن كان مجهولا جهالة غير متفاحشة مثل إلى الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل وكذلك الحوالة ، ومثله إلى أن يقدم المكفول به من سفره صرح بذلك كله فى كافى الحاكم ، وكذا فى الفتح وغيره بلا حكاية خلاف وهذا لانزاع فيه ؛

المسألة الثانية تعليق الكفالة بالشرط ، وهذا لايخلو إما أن يكون شرطا ملائما أولا ، ففى الأول تصح الكفالة والتعليق وقد مر ، وفى الثانى وهو التعليق بشرط غير ملائم مثل أن يقول إذا هبت الريح أو إذا جاء المطر أو إذا

ومافى الهداية سهو كما حرره ابن الكمال ، نعم لو جعله أجلا صحت ولزم المال للحال فليحفظ (ولا) تصح أيضا (بجهالة المكفول عنه) فى تعليق وإضافة لا تخيير ككفلت بمالك على فلان أو فلان فتصح ،

قدم فلان الأجنبى فأنا كفيل بنفس فلان ، أو بمالك عليه فالكفالة باطلة كما نقله فى الفتح عن المبسوط والخانية ، وصرح به أيضا فى النهاية والمعراج والعناية وشرح الوقاية ، ومثله فى أجناس الناطفى حيث قال : كل موضع أضاف الضمان إلى ماهو سبب للزوم المال فذلك جائز ، وكل موضع أضاف الضمان إلى ماليس بسبب للزوم فذلك باطل كقوله إن هبت الريح فما لك على فلان فعلى اه وجزم بذلك الزيلعى وصاحب البحر والنهر والمنح ، ولكن وقع فى كثير من الكتب أنه يبطل التعليق وتصح الكفالة ويلزم المال حالا منها حاشية الهداية للخبازى وغاية البيان ، وكذا الكفاية للبيهقى حيث قال : فإن قال إذا هبت الريح أو دخل زيد الدار فالكفالة جائزة والشرط باطل والمال حال ، وكذا فى شرح العيون لأبى الليث والمختار ، ووقع اختلاف فى نسخ الهداية ونسخ الكنز ؛ ففى بعضها كالأول وفى بعضها كالثانى ، وقد مال إلى الثانى العلامة الطرسوسى فى أنفع الوسائل وأرجع مامر عن الخانية وغيرها إليه ، ورد عليه العلامة الشرنبلالى فى رسالة خاصة ، وادعى أن مافى الخبازية مؤول وأرجعه إلى مافى الخانية وغيرها ، ورد أيضا على القول الدرر : إن فى المسألة قولين :

أقول : والإنصاف مافى الدرر ، لأن ارتكاب تأويل هذه العبارات وإرجاع بعضها إلى البعض يحتاج إلى نهاية التكلف والتعسف ، والأولى اتباع مامشى عليه جمهور شراح الهداية وشراح الكنز وغيرهم تبعا للمبسوط والخانية من بطلان الكفالة (قوله وما فى الهداية) حيث قال : لايصح التعليق بمجرد الشرط ، كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا ، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وتبعه صاحب الكافى ، لكن فى بعض نسخ الهداية بعد قوله أو جاء المطر ، وكذا إذا جعل واحدا منها أجلا ، وحينئذ فقوله إلا أنه تصح الكفالة الخ راجع إلى مسألة الأجل فقط ، ولا ينافيه قوله لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط الخ لأن المراد به الشرط الملائم ، وقد أطال الكلام على تأويل عبارة الهداية فى البحر والنهر وغيرهما (قوله نعم لو جعله أجلا) أى بأن قال إلى هبوب الريح أو مجىء المطر ونحوه مما هو مجهول جهالة متفاحشة فيبطل التأجيل وتصح الكفالة ، بخلاف ما كانت جهالته غير متفاحشة كالحصاد ونحوه فإنها تصح إلى الأجل كما قدمناه آنفا (قوله فى تعليق) نحو إن غصبك إنسان شيئا فأنا كفيل اه ح ، ويستثنى منه ماسيأتى متنا آخر الباب ، وهو مالو قال له اسلك هذا الطريق الخ وسيأتى بيانه (قوله وإضافة) نحو ماذاب لك على الناس فعلىّ اه ح وقد صرح أيضا فى الفتح بأنه من جهالة المضمون فى الإضافة :

قلت : ووجهه أن ما ذاب ماض أريد به المستقبل كما يأتى فكان مضافا إلى المستقبل معنى ، ومن هذا جعل فى الفصول العمادية المعلق من المضاف لأن المعلق واقع فى المستقبل أيضا ، وقدمنا أنه فى الهداية جعل ما بايعت فلانا من المعلق لأنه فى حكمه من حيث وقوع كل منهما فى المستقبل ، وبه ظهر أن كلا منهما يطلق على الآخر نظرا إلى المعنى ؛ وأما بالنظر إلى اللفظ فما صرح فيه بأداة الشرط فهو معلق وغيره مضاف وهو الأوضح فلذا غاير بينهما تبعا للفتح فافهم (قوله لا تخيير) بالخاء المعجمة ، وسماه تخييرا لكون المكفول له مخيرا كما ذكره ، لكن الواقع فى عبارة الفتح وغيره تنجيز بالجيم والزاى وهو الأصوب ، لأن المراد به الحال المقابل للتعليق والإضافة المراد بهما المستقبل ، ووجه جواز جهالة المكفول عنه فى التنجيز دون التعليق كما فى الفتح أن القياس يأبى جواز إضافة الكفالة لأنها تمليك فى حق الطالب وإنما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه

والتعيين للمكفول له لأنه صاحب الحق (ولا بجهالة المكفول له) وبه مطلقا، نعم لو قال: كفلت رجلا أعرفه بوجهه لا باسمه جاز، وأى رجل أتى به وحلف أنه هو بر بزازية. وفى السراجية قال لضيفه وهو يخاف على دابته من الذئب إن أكل الذئب حمارك فأنا ضامن فأكله الذئب لم يضمن (نحو ماذاب) أى ماثبت (لك على الناس أو) على (أحد منهم فعلى) مثال للأول، ونحوه ما بايعت به أحدا من الناس معين الفتوى (أو ماذاب) عليك (للناس أو لأحد منهم عليك فعلى) مثال للثانى (ولا) يصح (بنفس حد وقصاص) لأن النيابة لا تجرى فى العقوبات (ولا بحمل دابة معينة مستأجرة له وخدمة عبد معين مستأجر لها) أى للخدمة لأنه يلزم تغيير المعقود عليه، بخلاف غير المعين لوجوب مطلق الفعل

معلوما ما فبقى المجهول على القياس (قوله والتعيين للمكفول له لأنه صاحب الحق) كذا فى البحر عند قوله وبالمال ولو مجهولا وتبعه فى النهر، لكن جعل فى الفتح الخيار للكفيل: ونصه: ولو قال رجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لأنها جهالة المكفول عنه فى غير تعليق: ويكون الخيار للكفيل اه ومثله ما فى كافى الحاكم: ولو قال أنا كفيل بفلان أو فلان كان جائزا يدفع أيهما شاء الكفيل فيبرأ عن الكفالة ثم قال: وإذا كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو مائة درهم كان جائزا وكان عليه أى ذلك شاء الكفيل، وأيهما دفع فهو برىء اه وبه علم أن ما هنا قول آخر أو سبق قلم (قوله ولا بجهالة المكفول له) يستثنى منه الكفالة فى شركة المفاوضة فإنها تصح مع جهالة المكفول له لثبوتها ضمنا لا صريحا كما ذكره فى الفتح من كتاب الشركة (قوله وبه) أى ولا تصح بجهالة المكفول به والمراد هنا النفس لا المال، لما تقدم من أن جهالة المال غير مانعة من صحة الكفالة والقرينة على ذلك الاستدراك اه ح.

قلت: والظاهر أن المانع هنا جهالة متفاحشة، لما علمت آنفا من قول الكافى: لو قال أنا كفيل بفلان أو فلان جاز تأمل (قوله مطلقا) أى سواء كانت فى تعليق أو إضافة أو تنجيز.

قال فى الفتح: والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا، وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا، وجهالة المكفول عنه فى التعليق، والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفى التنجيز لا تمنع اه ومراده بالمكفول به المال عكس ما فى الشرح (قوله جاز) لأن الجهالة فى الإقرار لا تمنع صحته بحر عن البزازية وذكر عنها أيضا: لو شهد على رجل أنه كفل بنفس رجل نعرفه بوجه إن جاء به لكن لا نعرفه باسمه جاز (قوله لم يضمن) لأن فعله جبار كما مر فى إن أكلك سبع (قوله أى ما ثبت) قال فى المنصورية: الذوب واللزوم يراد بهما القضاء، فما لم يقض بالمكفول به بعد الكفالة على المكفول عنه لا يلزم الكفيل، وهذا فى غير عرف أهل الكوفة أما عرفنا فالذوب واللزوم عبارة عن الوجوب فيجب المال وإن لم يقض به اه ط وهذا أى ما ذاب ماض أريد به المستقبل كما فى الهداية وسيذكره الشارح أيضا أى لأنه معنى الشرط كما تقدم، فلا يلزم الكفيل ما لم يقض به على الأصيل بعد الكفالة، لكنه هنا لا يلزمه شىء لجهالة المكفول عنه (قوله مثال للأول) وهو جهالة المكفول عنه (قوله ونحوه ما بايعت الخ) أى هو مثال للأول أيضا (قوله مثال للثانى) أى جهالة المكفول له (قوله ولا تصح بنفس حد وقصاص) أما لو كفل بنفس من عليه الحد تصح، لكن هذا فى الحدود التى فيها للعباد حق كحد القذف بخلاف الحدود الخالصة كما تقدم بيانه (قوله مستأجرة له) أى للحمل (قوله لأنه يلزم الخ) قال فى الدرر لأنه استحق عليه الحمل على دابة معينة، والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة لأنه أتى بغير المعقود عليه، ألا ترى أن المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الأجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة، بخلاف ما إذا كانت الدابة غير معينة لأن الواجب على المؤجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بأن يحمل على

لاالتسليم (ولا بمبيع) قبل قبضه (ومرهون وأمانة) بأعيانها ، فلو بتسليمها صح فى الكل درر ، ورجحه الكمال فلو هلك المستأجر مثلا لاشيء عليه ككفيل النفس (وصح) أيضا (لو) المكفول به (ثمنا) لكونه دينا صحيحا على المشترى

دابة نفسه اه (قوله لا التسليم) لأنه لو كان الواجب التسليم لزم صحة الكفالة فى المعينة أيضا لأن الكفالة بتسليمها صحيحة كما يأتى (قوله ولا بمبيع قبل قبضه) بأن يقول للمشترى إن هلك المبيع فعلىّ درر لأن ماليته غير مضمونة على الأصيل ، فإنه لو هلك ينفسخ البيع ويجب رد الثمن كما ذكره صدر الشريعة (قوله ومرهون وأمانة) اعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصيل أو أمانة : فالثانى كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمستأجر فى يد المستأجر ، والمضمونة إما بغيرها كالمبيع قبل القبض والرهن فإنهما مضمونان بالثمن والدين ، وإما بنفسها كالمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ونحوه مما تجب قيمته عند الهلاك ،وهذا تصح الكفالة به كما يذكره المصنف دون الأولين لفقد شرطها ، وهو أن يكون المكفول مضمونا على الأصيل لا يخرج عنه إلا بدفع عينه أو بدله ، هذا خلاصة ما فى البحر وغيره (قوله فلو بتسليمها صح فى الكل) أى فى الأمانات والمبيع والمرهون فإذا كانت قائمة وجب تسليمها ، وإن هلكت لم يجب على الكفيل شيء كالكفيل بالنفس ، وقيل إن وجب تسليمها على الأصيل كالعارية والإجارة جازت الكفالة بتسليمها وإلا فلا درر : أى وإن لم يجب تسليمها على الأصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة فلا تجوز ، لأن الواجب عليه عدم المنع عند الطلب لا الرد ، وهذا التفصيل جزم به شراح الهداية (قوله ورجحه الكمال) أى رجح ما فى الدرر من صحتها فى تسليم الأمانات كغيرها :

وحاصل ما ذكره الوجه عندى صحة الكفالة بتسليم الأمانة ، إذ لا شك فى وجوب ردها عند الطلب ، غير أنه فى الوديعة وأخويها يكون بالتخلية وفى غيرها بحمل المردود إلى ربه .

قال فى الذخيرة : الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة اه وما ذكره السرخسى من أن الكفالة بتسليم العارية باطلة فهو باطل ؛ لما فى الجامع الصغير والمبسوط أنها صحيحة . ونص القدورى أنها بتسليم المبيع جائزة ، وأقره فى الفتح وانتصر له فى العناية بأنه لعله اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها :

واعترضه فى النهر بأنه أمر موهوم قال فى البحر : ورده على السرخسى مأخوذ من معراج الدراية ، ويساعده قول الزيلعى : ويجوز فى الكل أن يتكفل بتسليم العين مضمونة أو أمانة ،وقيل إن كان تسليمه واجبا على الأصيل كالعارية والإجارة جاز وإلا فلا ، فأفاد أن التفصيل بين أمانة وأمانة ضعيف اه (قوله فلو هلك المستأجر) بفتح الجيم . :

قال فى الفتح : ولو عجز أى عن التسليم بأن مات العبد المبيع أو المستأجر أو الرهن انفسخت الكفالة على وزان كفالة النفس (قوله وصح لو ثمنا) أى صح تكفله الثمن عن المشترى ، واحترز به عن تكفل المبيع عن البائع فإنه لا يصح لأنه مضمون بغيره وهو الثمن كما تقدم ، والمراد بقوله لو ثمنا أى ثمن مبيع بيعا صحيحا ،لما فى النهر عن التتارخانية لو ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما أداه على البائع ، وإن شاء على المشترى ؛ ولو فسد بعد صحته بأن ألحقا به شرطا فاسدا فالرجوع للمشترى على البائع يعنى والكفيل يرجع بما أداه على المشترى ، وكأنّ الفرق بينهما أنه بظهور الفساد تبين أن البائع أخذ شيئا لايستحقه فيرجع الكفيل عليه ، وإن ألحقا به شرطا فاسدا لم يتبين أن البائع حين قبضه قبض شيئا لايستحقه اه وفيه أيضا وقالوا لو استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن ولو كانت الكفالة لغريم البائع ، ولو ردّ عليه بعيب بقضاء أو بغيره أو بخيار رؤية أو شرط برئ الكفيل إلا أن تكون الكفالة

إلا أن يكون صبيا محجورا عليه فلا يلزم الكفيل تبعا للأصيل خالية (و) كذا لو (مغصوبا أو مقبوضا على سوم الشراء) إن سمى الثمن وإلا فهو أمانة كما مر (ومبيعا فاسدا) وبدل صلح عن دم وخلع ومهر خانية ، والأصل أنها تصح بالأعيان المضمونة بنفسها لا بغيرها ولا بالأمانات (و) لا تصح الكفالة بنوعيها (بلا قبول لطالب) أو نائبه ولو فضوليا (فى مجلس العقد) وجوزها الثانى بلا قبول وبه يفتى درر وبزازية ، وأقره فى البحر ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، لكن نقل المصنف عن الطرسوسى أن الفتوى على قولهما

لغريم فلا يبرأ ، والفرق بينهما فيما يظهر أنه مع الاستحقاق تبين أن الثمن غير واجب على المشترى ، وفى الرد بالعيب ونحوه وجب المسقط بعدما تعلق حق الغريم به فلا يسرى عليه اه (قوله إلا أن يكون الخ) قال فى النهر ، وقدمنا أنه لو كفل عن صبى ثمن متاع اشتراه لا يلزم الكفيل شىء ، ولو كفل بالدرك بعد قبض الصبى الثمن لا يجوز وإن قبله جاز اه ومسئلة الدرك فيما لو كان الصبى بائعا وهو الذى قدمه فى النهر عند قول الكنز إذا كان دينا صحيحا (قوله وكذا لو مغصوبا الخ) لأن هذه الأعيان مضمونة بنفسها على الأصيل فيلزم الضامن إحضارها وتسليمها ، وعند الهلاك تجب قيمتها ، وإن مستهلكة فالضمان لقيمتها نهر ، بخلاف الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن ، وبخلاف الأمانات على ما تقدم زيلعى (قوله وإلا فهو أمانة كما مر) أى فى البيوع ، وإذا كان أمانة لا يكون من هذا النوع بل من نوع الأمانات وقد مر حكمها (قوله وبدل صلح عن دم) أى لو كان البدل عبدا مثلا فكفل به إنسان صحت ، فإن هلك قبل القبض فعليه قيمته بحر ، وتقييده بالدم يفيد أن الكفالة ببدل الصلح فى المال لا تصح ، لأنه إذا هلك انفسخ لكونه كالبيع ط (قوله وخلع) عطف على صلح : أى وبدل خلع (قوله ومهر) أى وبدل مهر ، فتصح الكفالة فى هذه المواضع بالعين كعبد مثلا لأن هذه الأشياء لا تبطل بهلاك العين كما فى البحر (قوله بنوعيها) أى بالنفس والمال (قوله ولو فضوليا) أى ويتوقف على إجازة الطالب ، وبه ظهر أن شرط الصحة مطلق القبول ، وأما قبول الطالب بخصوصه فهو شرط النفاذ كما أفاده ابن الكمال : وفى كافى الحاكم كفل بكذا عن فلان لفلان فقال قد فعلت والطالب غائب ثم قدم فرضى بذلك جاز لأنه خاطب به مخاطبا وإن لم يكن وكيلا ، وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب .

وفى البحر عن السراج : لو قال ضمنت ما لفلان على فلان وهما غائبان فقبل فضولى ثم بلغهما وأجازا فإن أجاب المطلوب أولا ثم الطالب جازت وكانت كفالة بالأمر ، وإن بالعكس كانت بلا أمر وإن لم يقبل فضولى لم تجز مطلقا : وإن كان الطالب حاضرا وقبل ورضى المطلوب ، فإن رضى قبل قبول الطالب رجع عليه وإن بعده فلا اه وعلله فى الخانية بأن الكفالة تمت أى بقبول الطالب أولا ونفذت ولزم المال الكفيل فلا تتغير بإجازة المطلوب اه وبه علم أن إجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الأمر بالكفالة فللكفيل الرجوع بما ضمن فتنبه لذلك .

مطلب فى ضمان المهر

[تنبيه] قدمنا أنه لو كفل رجل لصبى صح بقبوله لو مأذونا وإلا فبقبول وليه أو قبول أجنبى وإجازة وليه ، وإن لم يقبل عنه أحد فعلى الخلاف أى فعندهما لا يصح ، وعليه فلو ضمن للصغيرة مهرها لم يصح إلا بقبول كما ذكر ، وهذا لو أجنبيا . ففى باب الأولياء من الخانية زوّج صغيرته وضمن لها مهرها عن الزوج صح إن لم يكن فى مرض موته فإذا بلغت وضمنت الأب لم يرجع على الزوج إلا إذا كان بأمره ، وإن زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر فى صحته جاز ويرجع بما ضمن فى مال الصغير قياسا ، وفى الاستحسان لا يرجع وتمامه هناك

واختاره الشيخ قاسم ، هذا حكم الإنشاء (ولو أخبر عنها) بأن قال أنا كفيل بمال فلان على فلان (حال غيبة الطالب أو كفل وارث المريض) الملى (عنه) بأمره بأن يقول المريض لوارثه تكفل عنى بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء (صح) فى الصورتين بلا قبول اتفاقا استحسانا لأنها وصية ، فلو قال لأجنبى لم يصح ، وقيل يصح شرح مجمع . وفى الفتح الصحة أوجه ، وحقق أنها كفالة لكن يرد عليه توقفها على المال ؛ ولو له مال غائب هل يؤمر الغريم بانتظاره أو يطالب الكفيل لم أره وينبغى على أنه وصية أن ينتظر لا على أنها كفالة ، وقيدنا بأمره لأن تبرع الوارث بضمانه فى غيبتهم لا يصح وروى الحسن الصحة ،

(قوله واختاره الشيخ قاسم) حيث نقل اختيار ذلك عن أهل الترجيح كالمحبوبى والنسفى وغيرهما وأقره الرملى وظاهر الهداية ترجيحه لتأخيره دليلهما وعليه المتون (قوله ولو أخبر عنها الخ) بيان لاستثناء مسألتين من قوله ولا تصح بلا قول الطالب وفى استثناء الأولى نظر كما يظهر من التعليل (قوله بمال فلان) الأولى جعل ما موصولة وجعل اللام متصلة بفلان على أنها جارة كما يوجد فى بعض النسخ (قوله وارث المريض) قيد به لأنه لو قال هذا فى الصحة لم يجز ولم يلزم الكفيل شىء وهذا قول محمد ، وهو قول أبى يوسف الأول ثم رجع وقال : الكفالة جائزة كافى وجزم بالأول فى الفتح عن المبسوط (قوله الملى) أى الذى عنده ما يفى بدينه (قوله لأنها وصية) تعليل للثانية ، وترك تعليل الأولى لظهوره فإن الأخبار عن العقد إخبار عن ركنية الإيجاب والقول اهـ ح فليست فى الحقيقة كفالة بلا قبول ، وما ذكره فى وجه الاستحسان من أنها وصية هو أحد وجهين فى الهداية . قال ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ، وإنما تصح إذا كان له مال الوجه الثانى أن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع للطالب فصار كما إذا حضر بنفسه فعلى الأول هى وصية لا كفالة ، وعلى الثانى بالعكس واعترض الأول بأنه يلزم عدم الفرق بين حال الصحة والمرض إلا أن يؤول بأنه فى معنى الوصية وفيه بعد :

واعترض الثانى فى البحر بأنه لا فائدة فى الكفالة لأنا حيث اشترطنا وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال وأجاب بأن فائدته تظهر فى تفريغ ذمته تأمل :

قال فى النهر : والاستثناء على الأول منقطع وعلى الثانى متصل ولذا كان أرجح ، إلا أن مقتضاه مطالبة الوارث وإن لم يكن للميت مال اهـ :

قلت : الظاهر أن هذا وصية من وجه وكفالة من وجه فيراعى الشبه من الطرفين لأنهم ذكروا للاستحسان وجهين متنافيين ، فعلم أن المراد مراعاتهما بالقدر الممكن وإلا لزم إلغاؤهما (قوله الصحة أوجه) أيده فى الحواشى السعدية بأن الوارث حيث كان مطالبا بالدين فى الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فى الجملة فكان ينبغى أن لا تجوز كفالته ، فإذا جازت لما مر فى الوجهين فكفالة الأجنبى وهى سالمة عن هذا المانع أولى أن تصح اهـ وأقره فى النهر (قوله وحقق أنها كفالة) أى وبنى عليه صحتها من الأجنبى ، لكن يرد عليه إلغاء أحد وجهى الاستحسان ، وإذا مشينا على ما قلنا من إعمال الوجهين وتوفير الشبهين بالوصية والكفالة لم يضرنا لأن الأجنبى يصح كونه وصيا وكونه كفيلا (قوله لكن يرد عليه توقفها على المال) حيث قيد بكون المريض مليا ، والكفالة عن المريض لا تتوقف على المال :

قلت : وهذا وارد على كونها كفالة من كل وجه ، وقد علمت أن لها شبهين واشتراط المال مبنى على شبه الوصية كما أن اشتراط المرض مبنى على شبه الكفالة دون الوصية (قوله لم أره) أصل التوقف لصاحب البحر

ولو ضمنه بعد موته صح سراج ولعله قول الثانى لمامر نهر : وفى البزازية : إختلفا فى الإخبار والإنشاء فالقول للمخبر (و) لاتصح (بدين) ساقط ولو من وارث (عن ميت مفلس) إلا إذاكان به كفيل أو رهن معراج ، أو ظهر له مال فتصح بقدره ابن ملك ، أو لحقه دين بعد موته فتصح الكفالة به ، بأن حفر بئرا على الطريق فتلف به شىء بعد موته لزمه ضمان المال فى ماله وضمان النفس على عاقلته لثبوت الدين مستندا إلى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة بحر وهذا عنده وصححاها مطلقا وبه قالت الثلاثة ؛ ولو تبرع به أحد صح إجماعا (و) لاتصح كفالة الوكيل (بالثمن للموكل)

والجواب لصاحب النهر ولا يخفى عدم إفادته رفع التوقف لأن مبنى التوقف وجود الشبهين ، نعم على ما حققه فى الفتح من أنها كفالة حقيقة لاينتظر لكن علمت ما فيه :

وقد يقال إن اشتراط المال مبنى على شبه الوصية دون الكفالة كما علمت ،وبه يظهر أنه ليس المراد دفع الورثة من مالهم بل من مال الميت ، وذلك يفيد الانتظار ويفيد أيضا أنه لو هلك المال بعد الموت لايلزم الورثة ولم أره صريحا (قوله ولو ضمنه) أى لو ضمن وارث المريض الملى بعد موته فى غيبة الطالب (قوله ولعله قول الثانى لما مر) أى من تجويزه الكفالة بلا قبول ، وهذا الحمل متعين لأنها إذا لم تصح عندهما فى حال الصحة لاتصح بعد الموت بالأولى ولأن وجه كونهاكفالة فى المرض قيام المريض مقام الطالب فى القبول (قوله اختلفا فى الإخبار والإنشاء) راجع لمسألة المصنف الأولى : أى إذا قال أنا كفيل زيد فقال الطالب كنت مخبرا بذلك فلا يحتاج لقبولى وقال الكفيل كنت منشئا للكفالة فالقول للمخبر لأنه يدعى الصحة والآخر الفساد كذا فى شرح الجامع لقاضيخان (قوله بدين ساقط) أى بسبب موته مفلسا (قوله عن ميت مفلس) هو من مات ولا تركة له ولا كفيل عنه بحر (قوله إلا إذا كان به كفيل أو رهن) استثناء من قوله ساقط ، ولو حذف ساقط أولا ثم علل بقوله لأنه يسقط بموته ثم استثنى منه لكان أوضح ؛ يعنى أن الدين يسقط عن الميت المفلس إلا إذا كان به كفيل حال حياته أو رهن .

قال فى البحر : قيد بالكفالة بعد موته لأنه لو كفل فى حياته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلسا لا يبطل الرهن لأن سقوط الدين فى أحكام الدنيا فى حقه للضرورة فتتقدر بقدرها فأبقيناه فى حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة كذا فى المعراج ،ولا يلزم مما ذكر صحة الكفالة به حينئذ للاستغناء عنها بالكفيل وبيع الرهن ط (قوله أو ظهر له مال) فى كافى الحاكم لو ترك الميت شيئا لا يفى لزم الكفيل بقدره (قوله على الطريق) المراد به الحفر فى غير ملكه (قوله لزمه ضمان المال فى ماله وضمان النفس على عاقلته) هذا زيادة من الشارح على ما فى البحر (قوله وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة) والمستند يثبت أولا فى الحال ويلزمه اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء بحر عن التحرير : أى ويلزم ثبوته فى الحال اعتبار قوة الذمة حين ثبوته به أى بالدين ، وقوله لكونه محل الاستيفاء زيادة من البحر على ما فى التحرير (قوله وهذا) الإشارة إلى ما فى المتن (قوله مطلقا) أى ظهر له مال أولا (قوله ولو تبرع به) أى بالدين أى بإيفائه (قوله صح إجماعا) لأنه عند الإمام وإن سقط ، لكن سقوطه بالنسبة إلى من هو عليه لا بالنسبة إلى من هو له فإذا كان باقيا فى حقه حل له أخذه (قوله ولا تصح كفالة الوكيل بالثمن) وكذا عكسه ، وهو توكيل الكفيل بقبض الثمن كما سيأتى فى الكفالة بحر ، قيد بالوكيل لأن الرسول بالبيع يصح ضمانه الثمن عن المشترى ، ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الإمام لأنه كالرسول ، وقيد بالثمن لأن الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صح لكونه سفيرا ومعبرا بحر، وقيد بالكفالة

فيالووكل ببيعه لأن حق القبض له بالأصالة فيصير ضامنا لنفسه ومفاده أن الوصى والناظر لايصح ضمانهما الثمن عن المشترى فيما باعاه لأن القبض لهما ولذا لو أبرآه عن الثمن صح وضمنا (و) لاتصح كفالة (المضارب لرب المال به) أى بالثمن لما مر ولأن الثمن أمانة عندهما فالضمان تغيير لحكم الشرع (و) لاتصح (للشريك بدين مشترك) مطلقا ولو بإرث، لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح فى حصة صاحبه يؤدى إلى قسمة الدين قبل قبضه وذا لايجوز، نعم لو تبرع جاز كما لو كان صفقتين (و) لاتصح الكفالة (بالعهدة) لاشتباه المراد بها (و) لا (بالخلاص) أى تخليص مبيع يستحق لعجزه عنه . نعم لو ضمن تخليصه واو بشراء إن قدر وإلا فيرد الثمن كان كالدرك عينى :

لأنه لو تبرع بأداء الثمن عن المشترى صح كما فى النهر عن الخانية (قوله فيما لو وكل ببيعه) الأولى أن يقول أى ثمن ما وكل ببيعه، قيد به لأن الوكيل بقبض الثمن لو كفل به يصح كما فى البحر (قوله لأن حق القبض له بالأصالة) ولذا لا يبطل بموت الموكل وبعزله ، وجاز أن يكون الموكل وكيلا عنه فى القبض، وللوكيل عزله وتمامه فى البحر (قوله ومفاده الخ) هو لصاحب البحر وتبعه فى النهر (قوله لو أبرآه) بمد الهمزة بضمير التثنية (قوله لما مر) أى فى الوكيل من قوله لأن حق القبض له الخ (قوله ولأن الثمن الخ) ذكره الزيلعى ، وقوله أمانة عندهما : أى عند الوكيل والمضارب وهذا بعد القبض ، أشار به إلى أنه لا فرق فى عدم صحة الكفالة بين أن تكون قبل قبض الثمن أو بعده ، ووجه الأول ما مر ووجه الثانى أن الثمن بعد قبضه أمانة عندهما غير مضمونة والكفالة غرامة وفى ذلك تغيير لحكم الشرع بعد ضمانه بلا تعد ، وأيضا كفالتهما لما قبضاه كفالة الكفيل عن نفسه ، وأما ما مر من صحة الكفالة بتسليم الأمانة فذاك فى كفالة من ليست الأمانة عنده (قوله ولا تصح للشريك الخ) مفهومه أنه لو ضمن أجنبى لأحد الشريكين بحصته تصح ، والظاهر أنه يصح مع بقاء الشركة فما يؤديه الكفيل يكون مشتركا بينهما كما لو أدى الأصيل تأمل (قوله ولو بإرث) تفسير للإطلاق ، وأشار به إلى أن ما وقع فى الكنز وغيره من فرض المسألة فى ثمن المبيع غير قيد (قوله مع الشركة) بأن ضمن نصفا شائعا (قوله يصير ضامنا لنفسه) لأنه ما من جزء يؤديه المشترى أو الكفيل من الثمن إلا لشريكه فيه نصيب زيلعى (قوله ولو صح فى حصة صاحبه) بأن كفل نصفا مقدرا (قوله وذا لا يجوز) لأن القسمة عبارة عن الإفراز والحيازة ، وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزا فى حيز على جهة وذا لا يتصور فى غير العين ، لأن الفعل الحسى يستدعى محلا حسيا والدين حكمى ، وتمامه فى الزيلعى (قوله نعم لو تبرع جاز) أى لو أدى نصيب شريكه بلا سبق ضمان جاز ولا يرجع بما أدى ، بخلاف صورة الضمان فإنه يرجع بما دفع إذ قضاه على فساد كما فى جامع الفصولين (قوله كما لو كان صفقتين) بأن سمى كل منهما لنصيبه ثمنا صح ضمان أحدهما نصيب الآخر لا متياز نصيب كل منهما فلا شركة بدليل أن له : أى للمشترى قبول نصيب أحدهما فقط ، ولو قبل الكل ونقد حصة أحدهما كان للناقد قبض نصيبه ، وقد اعتبروا هنا لتعدد الصفقة تفصيل الثمن وذكروا فى البيوع أن هذا قولهما ، وأما قوله فلا بد من تكرار لفظ بعت بحر (قوله ولا تصح الكفالة بالعهدة) بأن يشترى عبدا فيضمن رجل العهدة للمشترى نهر . (قوله لاشتباه المراد بها) لا نطلاقها على الصك القديم أى الوثيقة التى تشهد للبائع بالملك وهى ملكه ، فإذا ضمن بتسليمها للمشترى لم يصح لأنه ضمن مالم يقدر عليه وعلى العقد وحقوقه وعلى الدرك وخيار الشرط فلم تصح الكفالة للجهالة نهر .

قلت : فلو فسرها بالدرك صح، كما لو اشتهر إطلاقها عليه فى العرف لزوال المانع تأمل (قوله ولا بالخلاص) أى عند الإمام: وقالا تصح، والخلاف مبنى على تفسيره ، فهما فسراه بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن

[فائدة] متى أدى بكفالة فاسدة رجع كصحيحه جامع الفصولين . ثم قال : ونظيره لو كفل ببدل الكتابة لم يصح فيرجع بما أدى إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق وأقره المصنف فليحفظ .

(ولو كفل بأمره) أى بأمر المطلوب بشرط قوله عنى أو على أنه على وهو غير صبى وعبد محجورين ابن ملك رجع عليه (بما أدى)

لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى ، وفسره الإمام بتخليص المبيع فقط ولاقدرة له عليه نهر (قوله متى أدى بكفالة فاسدة رجع كصحيحة) لم أر هذه العبارة فى جامع الفصولين ، وإنما قال فى صورة الضمان : أى ضمان أحد الشريكين يرجع بما دفع إذ قضاه على فساد فيرجع ، كما لو أدى بكفالة فاسدة . ونظيره لو كفل ببدل الكتابة لم يصح فيرجع بما أدى إذ حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق ، وبمثله لو أدى من غير مبق ضمان لايرجع لتبرعه ، وكذا وكيل البيع إذا ضمن الثمن لموكله لم يجز فيرجع لو أدى بغير ضمان جاز ولا يرجع اه (قوله ولو كفل بأمره) شمل الآمر حكما ، كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الأب وأخذ من تركته كان للورثة الرجوع فى نصيب الإبن ، لأنه كفالة بأمر الصبى حكما لثبوت الولاية ، فإن أدى بنفسه ، فإن أشهد رجع وإلا لا كذا فى نكاح المجمع ، وكما لو جحد الكفالة فبرهن المدعى عليها بالأمر وقضى على الكفيل فأدى فإنه يرجع وإن كان متناقضا لكونه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه ، كذا فى تلخيص الجامع الكبير نهر ، وقدمنا قريبا عند قول الشارح ولو فضوليا أن إجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الأمر بالكفالة ، ونقله أيضا فى الدر المنتقى عن القهستانى عن الخالية ، وتأتى الإشارة إليه فى كلام الشارح قريبا (قوله أى بأمر المطلوب) فلو بأمر أجنبى فلا رجوع أصلا فنى نور العين عن الفتاوى الصغرى : أمر رجلا أن يكفل عن فلان لفلان فكفل وأدى لم يرجع على الآمر اه (قوله أو على أنه على) أى على أن ماتضمنه يكون على . قال فى الفتح : فلو قال اضمن الألف التى لفلان على لم يرجع عليه عند الأداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع فلا يلزم المال ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد اه لكن فى النهر عن الخانية على كعنى ، فلو قال اكفل لفلان بألف درهم على أو انقده ألف درهم على أو اضمن له الألف التى على أو اقضه ماله على ونحو ذلك رجع بما دفع فى رواية الأصل . وعن أبى حنيفة فى المجرد إذا قال لآخر اضمن لفلان الألف التى له على فضمنها وأدى إليه لايرجع اه فعلم أن مافى الفتح على رواية المجرد ، وقد جزم فى الولوالجية بالرجوع ، وإنما حكى الخلاف فى نحو اضمن له ألف درهم إذا لم يقل عنى أو هى له على ونحوه فعندهما لايرجع إلا إذا كان خليطا . وعند أبى يوسف يرجع مطلقا ، ومثله فى الذخيرة ، وكذا فى كافى الحاكم . قال فى النهر : وأجمعوا على أن المأمور لو كان خليطا رجع وهو الذى فى عياله من والد أو ولد أو زوجة أو أجير والشريك شركة عنان كذا فى الينابيع . وقال فى الأصل : والخليط أيضا الذى يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع عنده المال ، والظاهر أن الكل يعطى لهم حكم الخليط ، وتمامه فيه .

قلت : وما استظهره مصرح به فى كافى الحاكم (قوله وهو غير صبى الخ) قال فى جامع الفصولين : الكفالة بأمر إنما توجب الرجوع لو كان الآمر ممن يجوز إقراره على نفسه ، فلا يرجع على صبى محجور ولو أمره ويرجع على القن بعد عتقه اه . قال فى البحر : بخلاف المأذون فيهما لصحة أمره وإن لم يكن أهلا لها : أى للكفالة (قوله رجع بما أدى) شمل ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف بخمسمائة فيرجع بها لا بألف لأنه إسقاط ، أو إبراء كما فى البحر . وقال أيضا : إن قوله رجع بما أدى مقيد بما إذا دفع ماوجب دفعه على الأصيل ، فلو كفل عن المستأجر بالأجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لارجوع له كما فى إجارات البزازية اه .

إن أدى بما ضمن وإلا فبما ضمن ، وإن أدى أردأ لملكه الدين بالأداء فكان كالطالب ، وكما لو ملكه بهبة أو إرث عيني (وإن بغيره لايرجع) لتبرعه إلا إذا أجاز في المجلس فيرجع عمادية ؛ وحيلة الرجوع بلا أمر أن يهبه الطالب الدين ويوكله بقبضه ولوالجية :

(ولا يطالب كفيل) أصيلا (بمال قبل أن يؤدى) الكفيل (عنه) لأن تملكه بالأداء ، نعم للكفيل أخذ رهن من الأصيل قبل أدائه خانية (فان لوزم) الكفيل (لازمه) أى لازم هو الأصيل أيضا حتى يخلصه

قلت : ونظيره مالو أدى الأصيل قبله ؛ ففى حاوى الزاهدى : الكفيل بأمر الأصيل أدى المال إلى الدائن بعد ما أدى الأصيل ولم يعلم به لايرجع به لأنه شيء حكمى ، فلا فرق فيه بين العلم والجهل كعزل الوكيل اه أى بل يرجع على الدائن (قوله إن أدى بما ضمن) الأولى حذف الباء (قوله وإن أدى أردأ) إن وصلية : أى إن لم يؤد ماضمن لايرجع بما أدى بل بما ضمن كما إذا ضمن بالجيد فأدى الأردأ أو بالعكس (قوله لملكه الدين بالأداء الخ) أى يرجع بما ضمن لابما أدى لأن رجوعه بحكم الكفالة ، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالطالب لنفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإنما له عينه ، وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه وصحت الهبة مع أن هبة الدين لاتصح إلا ممن عليه الدين ، وليس الدين على الكفيل على المختار ، لأن الواهب إذا أذن للموهوب بقبض الدين جاز استحسانا وهنا بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء ، وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء ، وتمامه فى الفتح (قوله وإن بغيره) أى وإن كفل بغير أمره لايرجع (قوله إلا إذا أجاز فى المجلس) أى قبل قبول الطالب ، فلو كفل بحضرتهما بلا أمره فرضى المطلوب أولا رجع ، ولو رضى الطالب أولا لاتمام العقد به فلا يتغير قهستانى عن الخانية ، وقدمناه أيضا عن السراج (قوله وحيلة الرجوع بلا أمر الخ) عبارة الولوالجية : رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع إلىّ مالى على المكفول عنه حتى تبرأ من الكفالة فأراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب ، فالحيلة فى ذلك أن يدفع الدين إلى الطالب ويهبه الطالب ماله على المطلوب ويوكله بقبضه فيكون له حق المطالبة فإذا قبضه يكون له حق الرجوع ، لأنه لو دفع المال إليه بغير هذه الحيلة يكون متطوعا ، ولو أدى بشرط أن لايرجع لايجوز اهـ ولا يخفى أنه ليس فى ذلك كفالة مال بل كفالة نفس فقط ، لكن إذا ساغ له الرجوع بدون كفالة بهذه الحيلة فمع الكفالة أولى ، لكن علمت آنفا أن هبة الطالب الدين للكفيل لايشترط فيها الإذن بقبضه ، لأن عقد الكفالة يتضمن إذنه بالقبض عند الأداء ، والظاهر أنه لافرق فى ذلك بين كونها بإذن المطلوب أو بدونه فقول الشارح ويوكله بقبضه غير لازم هنا ، بخلافه فى مسألة الولوالجية لأنها ليس فيها عقد كفالة بالمال فلذلك ذكر فيها التوكيل بالقبض إذ لاتصح الهبة بدونه :

وأورد أنه إذا دفع دين الأصيل برىء الأصيل من دينه فلا رجوع له عليه إلا إذا دفع قدر الدين من غير تعرض لكونه دين الأصيل أى بأن يدفعه للطالب على وجه الهبة .

قلت : هذا وارد على مسألة الولوالجية ، أما على ماذكره الشارح من فرض المسألة فى الكفيل بلا أمر فلا لما علمت من أن الكفيل يملك الدين بمجرد الهبة ويرجع بعينه على الأصيل فافهم ، نعم ينبغى أن تكون الهبة سابقة على أداء الكفيل وإلا كانت هبة دين سقط بالأداء فلا تصح (قوله لأن تملكه بالأداء) أى تملك الكفيل الدين إنما يثبت له بالأداء لاقبله فإذا أداه يصير كالطالب كما قررناه آنفا فحينئذ يثبت له حبس المطلوب (قوله نعم للكفيل أخذ رهن الخ) يعنى لو دفع الأصيل إلى الكفيل رهنا بالدين فله أخذه ، والأولى فى التعبير أن يقال

(وإذا حبسه له حبسه) هذا إذا كفل بأمره ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله وإلا فلا ملازمة ولا حبس سراج . وفى الأشباه أداء الكفيل يوجب براءتهما للطالب

نعم للأصيل دفع رهن للكفيل لئلا يوهم لزوم الدفع على الأصيل بطلب الكفيل ، وقد تبع الشارح فى هذا التعبير صاحب البحر أخذا من عبارة الخانية مع أنها إنما تفيد ما قلنا فإنه قال فيها : ذكر فى الأصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز ، ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به إلى سنة فعليه المال الذى عليه وهو ألف درهم ثم أعطاه المكفول عنه بالمال رهنا إلى سنة كان الرهن باطلا لأنه لم يجب المال للكفيل على الأصيل بعد ، وكذا لو قال إن مات فلان ولم يؤدك فهو علىّ ثم أعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز . وعن أبى يوسف فى النوادر يجوز اه (قوله وإذا حبسه له حبسه) فى حاشية المنح للرملى : أقول : سيأتى فى كتاب القضاء من بحث الحبس أن المكفول له يتمكن من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اه .

مطلب فيما يبرأ به الكفيل عن المال

(قوله هذا إذا كفل بأمره الخ) تقييد لقول المصنف فإن لوزم لازمه الخ ، وقيده أيضا فى البحر بحثا بما إذا كان المال حالا على الأصيل كالكفيل والافليس له ملازمته اه وقيده فى الشرنبلالية أيضا بما إذا لم يكن المطلوب من أصول الطالب ، فلو كان أباه مثلا ليس له حبس الكفيل لما يلزم من فعل ذلك بالمطلوب وهو ممتنع أى لأنه لا يحبس الأصل بدين فرعه ، وإذا امتنع اللازم امتنع الملزوم . واعترضه السيد أبو السعود بمنع الملازمة وبأنه مخالف للمنقول فى القهستانى فلا يعول عليه وإن تبعه بعضهم اه :

قلت : وعبارة القهستانى : وإن حبس حبس هو المكفول عنه إلا إذا كان كفيلا عن أحد الأبوين أو الجدين فإنه إن حبس لم يحبسه به يشعر قضاء الخلاصة اه ولا يخفى أن المتبادر من هذه العبارة ما إذا كان الطالب أجنبيا والمطلوب : أى المدين أصلا للكفيل لا للطالب ، وهذا غير ما فى الشرنبلالية ، وهو ما إذا كان المطلوب أصلا للطالب لا للكفيل ، فما فى الشرنبلالية تقييد لقولهم إن للطالب حبس الكفيل ، وما فى القهستانى تقييد لقولهم للكفيل حبس المكفول إذا حبس : أى إذا كان المكفول أصلا للكفيل فللطالب الأجنبى حبس الكفيل وليس للكفيل إذا حبس أن يحبس المكفول لكونه أصله ، بخلاف ما إذا كان المكفول أصلا للطالب فإنه ليس للطالب حبس الكفيل لأنه يلزم من حبسه له أن يحبس هو المكفول فيلزم حبس الأصل بدين فرعه : وقد ذكر ذلك الشرنبلالى فى رسالة خاصة ، وذكر فيها أنه سئل عن هذه المسألة ولم يجد فيها نقلا وحقق فيها ما ذكرناه ، لكن ذكر الخير الرملى فى حاشية البحر فى باب الحبس من كتاب القضاء أنه وقع الاستفتاء عن هذه المسألة . ثم قال : للكفيل حبس المكفول الذى هو أصل الدائن لأنه إنما حبس لحق الكفيل ولذلك يرجع عليه بما أدى فهو محبوس بدينه ، فلم يدخل فى قولهم لا يحبس أصل فى دين فرعه لأنه إنما حبسه أجنبى فيما ثبت له عليه اه ملخصا ، ومفاده أن للطالب الذى هو فرع المكفول حبس الكفيل الأجنبى ، لأن الكفيل لا يحبس المكفول مالم يحبسه الطالب ، ولا يخفى أن المكفول إنما يحبس بدين الطالب حقيقة فيلزم حبس الأصل بدين فرعه وإن كان الحابس له مباشرة غير الفرع ، نعم يظهر ما ذكره الخير الرملى على القول بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى الدين ، لكن علمت أن الكفيل لا يملك الدين قبل الأداء فبقى الدين للطالب ولزم المحذور ، والله سبحانه أعلم فافهم (قوله يوجب براءتهما) أى براءة الكفيل والأصيل وقوله للطالب قيل متعلق بأداء :

إلا إذا أحاله الكفيل على مديونه وشرط براءة نفسه فقط (وبرئ) الكفيل (بأداء الأصيل) إجماعا إلا إذا برهن على أدائه قبل الكفالة فيبرأ فقط كما لو حلف بحر :

(ولو أبرأ) الطالب (الأصيل أو أخر عنه) أى أجله (برئ الكفيل) تبعا للأصيل إلا كفيل النفس

قلت : وفيه بعد، والأظهر تعلقه بمحذوف على أنه حال من براءة : أى منتهية إلى الطالب على أن اللام بمعنى إلى ، ونظيره قوله الآتى برئت إلى فافهم(قوله إلا إذا أحاله) فإن الحوالة كما يأتى نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فهو فى حكم الأداء فصح الاستثناء فافهم (قوله وشرط براءة نفسه فقط) فحينئذ يبرأ الكفيل دون الأصيل وللطالب أخذ الأصيل أو المحال عليه بدينه مالم ينو المال على المحال عليه ،وبدون هذا الشرط يبرأ الأصيل أيضا لأن الدين عليه والحوالة حصلت بأصل الدين فتضمنت براءتهما كما فى البحر عن السراج (قوله وبرىء الكفيل بأداء الأصيل) وكذا يبرأ لو شرط الدفع من وديعة فهلكت : ففى الكافى : لو كفل بألف عن فلان على أن يعطيها إياه من وديعة لفلان عنده جاز ، فإن هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل اه : وفيه أيضا فى باب بطلان المال عن الكفيل بغير أداء ولا إبراء لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يده أورده بعيب ولو بلا قضاء أو بإقالة أو بخيار رؤية أو بفساد البيع برئ الكفيل ، وكذا لو بطل المهر أو بعضه عن الزوج بوجه برئ مما بطل عن الزوج أو ضمن المشترى الثمن لغريم البائع فاستحق المبيع من يد المشترى بطلت الكفالة أيضا وكذلك الحوالة أما لو رده المشترى بعيب ولو بلا قضاء لم يبرأ الكفيل ويرجع به على البائع ، وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم أو ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت بينهما فرقة من قبله أو من قبلها لم يبطل الضمان وتمامه فيه (قوله إلا إذا برهن) أى الأصيل على أدائه قبل الكفالة فيبرأ: أى الأصيل فقط أى دون الكفيل لأنه أقر بهذه الكفالة أن الألف على الأصيل ، وبهذا يظهر أن الاستثناء منقطع ، لما فى البحر من أن هذا ليس من البراءة ، وإنما تبين أن لادين على الأصيل والكفيل عومل بإقراره أى لأن البينة لما قامت على الأداء قبل الكفالة علم أن ما كفل به الكفيل غير هذا الدين ، بخلاف ما إذا برهن أنه قضاه بعد الكفالة ، ففى البحر أنهما يبرآن (قوله بحر) صوابه نهر . فإنه نقل عن القنية براءة الأصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا كانت بالأداء أو الإبراء ، فإن كانت بالحلف فلا لأن الحلف يفيد براءة الحالف فحسب اه والظاهر أنه مصور فيما إذا كانت الكفالة بغير أمره ، وإلا فقوله اكفل عنى لفلان بكذا إقرار بالمال لفلان كما فى الخانية وغيرها ، وحينئذ فإذا ادعى عليه المال فأنكر وحلفه برئ وحده ، وإنما قلنا كذلك لأنه لو ادعى الأصيل الأداء فعليه البينة لا اليمين تأمل :

(قوله ولو أبرأ الطالب الأصيل الخ) محل براءة الكفيل بإبراء الطالب الأصيل إذا لم يكفل بشرط براءة الأصيل فإن كفل كذلك برئ الأصيل دون الكفيل لأنها حوالة ط ، ولو قال ولو برئ الأصيل لشمل ما فى الخانية لو مات الطالب والأصيل وارثه برئ الكفيل أيضا اه بحر (قوله برئ الكفيل) بشرط قبول الأصيل وموته قبل القبول والرد يقوم مقام القبول ، ولو رده ارتد وهل يعود الدين على الكفيل أم لا؟ خلاف كذا فى الفتح نهر . وفى التتارخانية عن المحيط : لا ذكر لهذه المسألة فى شيء من الكتب . واختلف المشايخ ، فمنهم من قال لا يبرأ الكفيل أى برد الأصيل الإبراء كما فى رد الهبة ، ومنهم من قال يبرأ الكفيل اه . قال فى الفتح : وهذا بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأه صح وإن لم يقبل ، ولا يرجع على الأصيل ولو كان إبراء الأصيل أو هبته أو التصدق عليه بعد موته فعند أبى يوسف القبول والرد للورثة ، فإن قبلوا صح ، وإن ردوا ارتد . وقال محمد : لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم

كمامر (وتأخر)الدين(عنه) تبعا للأصيل إلا إذاصالح المكاتب عن قتل العمد بمال ثم كفله إنسان ثم عجز المكاتب تأخرت مطالبة المصالح إلى عتق الأصيل ،وله مطالبة الكفيل الآن أشباه (ولا ينعكس) لعدم تبعية الأصل للفرع نعم لو تكفل بالحال مؤجلا تأجل عنهما لأن تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما ،وفيه يشترط قبول الأصيل الإبراء

فى حال حياته ثم مات وهذا يختص بالإبراء اه (قوله كما مر) أى قبيل الكفالة بالمال (قوله وتأخر الدين عنه) مرتبط بقوله أو أخر عنه ، وشمل كفيل الكفيل ، فإذا أخر الطالب عن الأصيل تأخر عن الكفيل وكفيله ، وإن أخره عن الكفيل الأول تأخر عن الثانى أيضا لا عن الأصيل كما فى الكافى ، وشرطه أيضا قبول الأصيل ، فلو رده ارتد كما أفاده الفتح (قوله تأخرت مطالبة المصالح) مصدر مضاف إلى مفعوله والمراد به المكاتب والفاعل ولى القتيل أو إلى فاعله ، والمراد به الولى والمفعول المكاتب فإن المصالحة مفاعلة من الطرفين وهذا أولى لئلا يلزم الإظهار فى مقام الإضمار فافهم ، ومثل هذه المسألة مالو كفل العبد المحجور بما لزمه بعد عتقه فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل إلى عتقه ويطالب كفيله للحال ؛ لكن فى هذين الفرعين تأخر لا بتأخير الطالب فلم يدخلا فى كلام المصنف كما أفاده فى البحر والنهر (قوله ولا ينعكس) أى لو أبرأ الكفيل أو أخر عنه أى أجله بعد الكفالة بالمال حالا لا يبرأ الأصيل ولا يتأخر عنه . قال فى النهر : وإذا لم يبرأ الأصيل لم يرجع عليه الكفيل بشىء ، بخلاف مالو وهبه الدين أو تصدق عليه به حيث يرجع اه (قوله نعم لو تكفل بالحال مؤجلا الخ) أفاد أنه لو كان مؤجلا على الأصيل فكفل به تأخر عنهما بالأولى وإن لم يسم الأجل فى الكفالة كما صرح به فى الكافى وغيره (قوله لأن تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما) هذا التعليل غير تام ، فإن العلة كما فى الفتح هى أن الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل إلا الدين فبالضرورة يتأجل عن الأصيل بتأجيل الكفيل ،أما فى مسألة المتن وهى ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل ، فقد تقرر حكمها وهو المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف إلى ما تقرر عليه بها وهو المطالبة .

[تنبيه] ماذكره الشارح تبعا للهداية وغيرها من أنه يتأجل عليهما يستثنى منه ما إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه ، بأن قال أجلنى أو شرط الطالب وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الأصيل كما ذكره فى الفتاوى الهندية . ونقل ط عبارتها :

مطلب لو كفل بالقرض مؤجلا تأجل عن الكفيل دون الأصيل

ويستثنى أيضا مالو كفل بالقرض مؤجلا إلى سنة مثلا فهو على الكفيل إلى الأجل وعلى الأصيل حال كما فى البحر عن التتارخانية معزيا إلى الذخيرة والغياثية . ثم نقل خلافه عن تلخيص الجامع من شموله للقرض وأن هذا هو الحيلة فى تأجيل القرض ، وسيذكره الشارح آخر الباب .

قلت : لكن رده العلامة الطرسوسى فى أنفع الوسائل بأن هذا إنما قاله الحصيرى فى شرح الجامع ، وكل الكتب تخالفه فلا يلتفت إليه ، ولا يجوز العمل به ، وقدمنا تمام الكلام عليه قبيل فصل القرض ، ويؤيده أن الحاكم الشهيد فى الكافى صرح بأنه لا يتأخر عن الأصيل وكفى به حجة (قوله وفيه) متعلق بقوله يشترط والضمير المجرور عائد إلى قول المتن ولو أبرأ الأصيل الخ ، ولو أسقط لفظة فيه لكان أوضح . وعبارة الدرر هكذا أبرأ الطالب الأصيل إن قبل برئا أى الأصيل والكفيل معا أو أخره عنه تأخر عنهما بلا عكس فيهما ، ولو أبرأ الكفيل فقط برئ وإن لم يقبل إذ لا دين عليه ليحتاج إلى القبول بل عليه المطالبة وهى تسقط بالإبراء ، ولو وهب الدين له : أى للكفيل إن كان غنيا ، أو تصدق عليه إن كان فقيرا يشترط القبول كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة الدين لغير من عليه الدين

والتأجيل لا الكفيل إلا إذا وهبه أو تصدق عليه درر :

قلت : وفى فتاوى ابن نجيم : أجله على الكفيل يتأجل عليهما ، وعزاه للحاوى القدسى فليحفظ :

وفى القنية : طالب الدائن الكفيل فقال له اصبر حتى يجىء الأصيل فقال لاتعلق لى عليه إنما تعلق عليك هل يبرأ ؟ أجاب نعم ، وقيل لا وهو المختار :

(وإذا حل) الدين المؤجل (على الكفيل بموته لايحل على الأصيل) فلو أداه وارثه لم يرجع لو الكفالة بأمره إلا إلى أجله خلافا لزفر (كما لايحل) المؤجل (على الكفيل) اتفاقا (إذا حل على الأصيل به) أى بموته، ولوماتا

تصح إذا سلط عليه والكفيل مسلط على الدين فى الجملة ، كذا فى الكافى وبعده له الرجوع على الأصيل اه وضمير بعده للقبول :

وحاصله أن حكم الإبراء والهبة فى الكفيل مختلف ، ففى الإبراء لايحتاج إلى القبول وفى الهبة والصدقة يحتاج وفى الأصيل متفق فيحتاج إلى القبول فى الكل ، وموته قبل القبول والرد كالقبول شرنبلالية ، ولم يذكر حكم الرد وأفاد فى الفتح أن الإبراء والتأجيل يرتدان برد الأصيل : وأما الكفيل فلا يرتد برده الإبراء بل التأجيل : والفرق أن الإبراء إسقاط محض فى حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لأن الواجب عليه مجرد المطالبة ، والاسقاط المحض لايحتمل الرد لتلاشى الساقط ، بخلاف التأخير لعوده بعد الأجل ، فإذا عرف هذا ، فإن لم يقبل الكفيل التأخير أو الأصيل فالمال حال يطالبان به للحال اه وقدمنا تمام الكلام عليه :

[تنبيه] نقل فى البحر عند قوله وبطل تعليق البراءة عن الهداية مثل ماهنا من أن إبراء الكفيل لايرتد بالرد ، بخلاف إبراء الأصيل : ثم نقل عن الخانية : لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصر خارجا . ثم قال فى البحر : فثبت أن إبراء الكفيل أيضا يرتد بالرد اه. قال فى النهر : وفيه نظر ، ولم يبين وجهه : وأجاب المقدسى بأن مافى الخانية فى معنى الإقالة لعقد الكفالة ، فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت فتبقى الكفالة ، بخلاف الإبراء لأنه محض إسقاط فيتم بالمسقط اه على أن مافى الهداية منصوص عليه فى كافى الحاكم (قوله والتأجيل) هذا غير موجود فى عبارة الدرر كما عرفته ، نعم هو فى الفتح كما ذكرناه آنفا (قوله لا الكفيل) أى لايشترط قبول الكفيل الإبراء والتأجيل ، لكن لم يذكر فى الدرر عدم اشتراطه فى التأجيل وهو غير صحيح ، بل هو شرط كما سمعته من كلام الفتح (قوله وفى فتاوى ابن نجيم الخ) ونصها : سئل عن رجل ضمن آخر فى دين عليه ثمن مبيع أو أجرة لازمة عليه ثم إن رب المال أجله على الكفيل إلى مدة معلومة هل يصير مؤجلا عليه وحده وعلى الأصيل حالا أو مؤجلا عليهما أجاب يصير مؤجلا عليهما كما صرح به فى الحاوى القدسى اه .

أقول : هذا غير صحيح لمخالفته لعبارات المتون والشروح ، على أنى راجعت الحاوى القدسى فرأيت خلاف ماعزاه إليه : ونص عبارة الحاوى : وإن أخر الطالب الدين عن الأصيل كان تأخيرا عن الكفيل ، وإن أخره عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الأصيل اه بالحرف ، وكأن ابن نجيم اشتبه عليه ذلك بما لو تكفل بالحال مؤجلا مع أن صريح السؤال خلافه فافهم (قوله فليحفظ) بل الواجب حفظ مافى كتب المذهب لأن هذا سبق نظر فلايحفظ ولا يلحظ (قوله وهو المختار) لأن الناس لايريدون نفى التعلق أصلا ، وإنما يريدون نفى التعلق الحسى ، وإنى لاأتعلق به تعلق المطالبة اه ح على أن إبراء الأصيل يتوقف على قبوله ولم يوجد (قوله وإذا حل الدين المؤجل الخ) أفاد أن الدين يحل بموت الكفيل كما صرح به فى الغرر وشرح الوهبانية عن المبسوط ، وعلله فى المنح عن الولوالجية بأن الأجل يسقط بموت من له الأجل (قوله لايحل على الأصيل) وكذا إذا عجل الكفيل الدين حال حياته لايرجع على المطلوب

خير الطالب درر (صالح أحدهما رب المال عن ألف) الدين (على نصفه) مثلا (برئا إلا) أن المسألة مربعة ، فإذا شرط براءتهما أو براءة الأصيل أو سكت برئا ، و (إذا شرط براءة الكفيل وحده) كانت فسخا للكفالة لا إسقاطا لأصل الدين فيبرأ هو وحده عن خمسمائة (دون الأصيل) فتبقى عليه الألف فيرجع عليه الطالب بخمسمائة والكفيل بخمسمائة لو بأمره ، ولو صالح على جنس آخر رجع بالألف كما مر :

(صالح الكفيل الطالب على شيء ليبرئه عن الكفالة لم يصح) الصلح (ولا يجب المال على الكفيل) خانية ،

إلا عند حلول الأجل عند علمائنا الثلاثة ، وهو نظير مالو كفل بالزيوف وأدى الجياد تتارخانية (قوله خير الطالب) أى فى أخذه من أى التركتين شاء لأن دينه ثابت على كل واحد منهما كما فى حال الحياة درر (قوله مثلا) فالنصف غير قيد (قوله برئا) أى الأصيل والكفيل ، لأنه اضاف الصلح إلى الألف الدين وهو على الأصيل فيبرأ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل درر (قوله وإذا شرط براءة الكفيل وحده الخ) ليس المراد أن الطالب يأخذ البدل فى مقابلة إبراء الكفيل عنها ، وإنما المراد ان ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دينه ويرجع بالباقى على الأصيل بحر ، ونبه بذلك على الفرق بين هذه وبين المسألة التى عقبها كما يأتى ، ويوضحه مافى الفتح عن المبسوط لو صالحه على مائة درهم على أن أبرأ الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الأصيل بمائة ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة ، لأن إبراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون إسقاطا لأصل الدين اه (قوله كانت فسخا للكفالة) هذه عبارة المبسوط كما علمت : أى أن البراءة عن باقى الدين التى تضمنها عقد الصلح تتضمن فسخ الكفالة لسقوط المطالبة عن الكفيل بهذا الشرط ولا يسقط بها أصل الدين ، إذ لو سقط لم يبق للطالب على المطلوب شيء مع أنه يطالبه بالنصف الباقى بخلاف الصور الثلاث فإن مطالبته سقطت عنهما جميعا (قوله فيبرأ هو) أى الكفيل وحده عن خمسمائة وهى التى سقطت بعقد الصلح ، وكذا عن التى دفعها بدلا عن الصلح وهو ظاهر ، لأن الصلح على بعض الدين أخذ لبعض حقه وإبراء عن الباقى ، فحيث أخذ الطالب من الكفيل بعض حقه وأبرأه عن باقيه فقد سقطت المطالبة عنه أصلا ، وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل فلذا قال دون الأصيل (قوله والكفيل بخمسمائة) أى ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة وهى التى أداها للطالب بدل الصلح فى الصور الأربع (قوله لو بأمره) أى يرجع بها لو كفل عنه بأمره وإلا فلا رجوع له (قوله على جنس آخر) مفهوم قوله على نصفه اه ح (قوله رجع بالألف) لأن الصلح بجنس آخر مبادلة فيملك الدين فيرجع بجميع الألف فتح ، وكذا يرجع بجميع الألف لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقى كما فى الفتح أيضا ، ومثله فى الكافى (قوله كما مر) الأولى أن يقول لما مر : أى من أنه يملك الدين بالأداء (قوله صالح الكفيل الطالب الخ) فى الهداية : ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل ، لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة اه : ومقتضاه صحة الصلح ولزوم المال وسقوط المطالبة عن الكفيل دون الأصيل وهو خلاف ماذكره المصنف تبعا للخانية ، إلا أن يحمل على الكفالة بالنفس ، لما فى التتارخانية : الكفيل بالنفس إذا صالح الطالب على خمسمائة دينار على أن أبرأه من الكفالة بالنفس لا يجوز ولا يبرأ عنها ، فلو كان كفيلا بالنفس والمال على إنسان واحد برىء اه :

وفى الهندية عن الذخيرة : صالح على مال لإسقاط الكفالة لا يصح أخذ المال ، وهل تسقط الكفالة بالنفس ؟ فيه روايتان ، فى رواية تسقط وبه يفتى اه ، وحينئذ فيحمل ما فى الهداية على الكفالة بالمال توفيقا بين الكلامين تأمل .

ثم لا يخفى أن الفرق بين هذه المسألة والتى قبلها فى المتن هى الرابعة هو أن هذه فى الصلح عن الكفالة والتى

وهو بإطلاقه يعم الكفالة بالمال والنفس بحر :
(قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال) الذى كفلت به (رجع) الكفيل بالمال (على المطلوب إذا كانت الكفالة (بأمره) لإقراره بالقبض ، ومفاده براءة المطلوب للطالب لإقراره كالكفيل (وفى) قوله للكفيل (برئت بلا إلى (أو أبرأتك لا) رجوع كقوله أنت فى حل لأنه إبراء لا إقرار بالقبض (خلافا لأبى يوسف فى الأول) أى برئت فإنه جعله كالأول أى إلى قيل ، وهو قول الإمام ، واختاره فى الهداية ، وهو أقرب الاحتمالين فكان أولى نهر معزيا للعناية ، وأجمعوا على أنه لو كتبه فى الصك كان إقرارا بالقبض عملا بالعرف (وهذا) كله (مع غيبة الطالب ومع حضرته يرجع إليه فى البيان)

والتى قبلها فى الصلح عن المال المكفول به فالمال هنا فى مقابلة الإبراء عن الكفالة وهناك فى مقابلة الإبراء عن المال الباقى كما مر فى عبارة المبسوط :

ومن العجب ما فى النهاية حيث جعل عبارة المبسوط المارة تصويرا لما ذكره هنا فى الهداية فإنه عكس الموضع ؛ لأن كلام المبسوط مفروض فى الصلح على إبراء الكفيل فقط عن المال وهو الصورة الرابعة المذكورة فى كلام المصنف وكلام الهداية فى الصلح على إبراء الكفيل عن المطالبة ، ولم أر من نبه على ذلك مع أنه نقله فى البحر وغيره وأقروه عليه ، نعم ربما يشعر كلام الفتح بأنه لم يرض به فراجعه (قوله وهو بإطلاقه يعم الكفالة بالمال والنفس) قد علمت ما فيه (قوله برئت إلى) متعلق بمحذوف حال : أى حال كونك مؤديا إلى كما فى شرح مسكين أى فهو براءة استيفاء لا براءة إسقاط (قوله لإقراره بالقبض) لأن مفاد هذا التركيب براءة من المال مبدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين ، وهذا هو معنى الإقرار بالقبض من الكفيل فكأنه قال دفعت إلى (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل المذكور وهذا الكلام لصاحب البحر (قوله براءة المطلوب) أى المديون للطالب : أى الدائن ، يعنى أنه يفيد أن المطلوب يبرأ من المطالبة التى كانت للطالب عليه ، وكذا يبرأ منها الكفيل فلا مطالبة له على واحد منهما لإقراره بالقبض إذ لا يستحق القبض أكثر من مرة واحدة (قوله لا رجوع) أى للكفيل على المطلوب ، نعم للطالب أن يأخذ المطلوب بالمال كما فى الكافى للحاكم (قوله لأنه إبراء) تعليل لعدم الرجوع فى الصور الثلاث إذ ليس فيها مايفيد القبض ليكون إقرارا به بل هو محتمل للإبراء بسبب القبض والإسقاط فلا يثبت القبض بالشك (قوله أى إلى) المراد برئت إلى (قوله وهو أقرب الاحتمالين) أى احتمال أنه براءة قبض واحتمال أنه براءة إسقاط ؛ ووجه الأقربية ما فى الفتح من قوله لأنه إقرار ببراءة ابتداؤها من الكفيل المخاطب :
وحاصله إثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء(١) بخلاف البراءة بالإبراء فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل ، وما قاله محمد : أى من أنه لا يثبت القبض بالشك إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين اه وهذا أيضا ، ترجيح منه لقول أبى يوسف (قوله لو كتبه فى الصك) بأن كتب برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها بحر (قوله عملا بالعرف) فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه فجعلت إقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الإبراء فتح (قوله وهذا كله الخ) عزاه فى فتح القدير إلى شروح الجامع الصغير ، وجزم به فى الملتقى والدرر وأقره الشرنبلالى وكذا الزيلعى وابن كمال ، فتعبير البحر عنه بقيل غير ظاهر فافهم والإشارة إلى جميع الألفاظ المارة . قال فى البحر عن النهاية : حتى فى برئت إلى لاحتمال لأنى أبرأتك مجازا وإن كان بعيدا فى الاستعمال اه قال فى النهر : والظاهر أن فى لفظ الحل لا يرجع إليه لظهور أنه مسامحة لا أنه أخذ منه شيئا اه :

---

(١) (قوله كالإيفاء) كذا رأيته فى نسختين من نسخ الفتح ، ولعل الأولى بالإيفاء اه منه .

لمراده اتفاقا لأنه المجمل ومثل الكفالة الحوالة (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) الغير الملائم على مااختاره فى الفتح والمعراج

قلت: وفيه نظر يظهر بأدنى نظر (قوله لمراده) متعلق بالبيان: أى يسأل هل أردت القبض أولا (قوله لأنه المجمل) بكسر ثالثه اسم فاعل: أى فإن الأصل فى الإجمال أن يرجع فيه إلى المجمل والمراد بالمجمل هنا مايحتاج إلى تأمل، ويحتمل المجاز وإن كان بعيدا لاحقيقة المجمل، يعنى يرجع إليه إذا كان حاضرا لإزالة الاحتمالات خصوصا إن كان العرف فى ذلك اللفظ مشتركا منهم من يقصد القبض ومنهم من يقصد الإبراء فتح (قوله ومثل الكفالة الحوالة) فى كافى الحاكم والمحتال عليه فى جميع ذلك كالكفيل اه:

قال ط: فإن قال المحال للمحتال عليه برئت إلى رجع المحتال عليه على المحيل، وإن قال أبرأتك لاواختلف فيما إذا قال برئت فقط اه وإنما يرجع إذا لم يكن للمحيل دين على المحتال عليه:

مطلب فى بطلان تعليق البراءة من الكفالة بالشرط

(قوله وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أى لما فيه من معنى التمليك، ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق هداية، وظاهره ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح بحر. قلت: ولذا قال فى متن الملتقى والمختار الصحة:

واعلم أن إضافته تعليق إلى البراءة من إضافة الصفة إلى موصوفها والمعنى وبطلت البراءة المعلقة بالشرط، وإذا بطلت البراءة من الكفالة تبقى الكفالة على أصلها فللطالب مطالبة الكفيل بدليل التعليل، فليس المراد بطلان تعليق البراءة لأنه يلزم منه بقاء البراءة صحيحة منجزة وتبطل الكفالة بها ولا يناسبه العلة المذكورة لأن نفس التعليق ليس فيه معنى التمليك بل الذى فيه معنى التمليك هو البراءة المعلقة فتبطل ثم رأيت بخط بعض العلماء على نسخة قديمة من شرح المجمع ما نصه: معناه أن الكفالة جائزة والشرط باطل اه. وهذا عين ماقلته (قوله بالشرط الغير الملائم) نحو إذا جاء غد فأنت برىء من المال. ومثال الملائم ما لو كفل بالمال أو بالنفس وقال إن وافيت به غدا فأنت برىء من المال فوافاه من الغد فهو برىء من المال، كذا فى العناية اه ح: وفى البحر عن المعراج الغير الملائم هو مالا منفعة فيه للطالب أصلا كدخول الدار ومجىء الغد لأنه غير متعارف اه:

قلت: وسئلت عمن قال كفلته على أنك إن طالبتنى به قبل حلول الأجل فلا كفالة لى، ويظهر لى أنه من غير الملائم فليتأمل (قوله على ما اختاره فى الفتح والمعراج) أقول: الذى فى الفتح هكذا: قوله ولا يجوز تعليق الإبراء من الكفالة بالشرط: أى بالشرط المتعارف مثل أن يقول إن عجلت لى البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة، أما غير المتعارف فلا يجوز ثم قال: ويروى أنه يجوز وهو أوجه الخ فهذا شرح لعبارة الهداية التى قدمناها آنفا، وقدمنا أن ظاهر ما فى الهداية ترجيح الرواية الثانية وأنه اختارها فى متن الملتقى وكذا اختارها فى الفتح كما ترى، والمتبادر من كلام الفتح أن المراد بهذه الرواية جواز الشرط المتعارف لأنه قيد رواية عدم الجواز بالشرط المتعارف، وذكر أن غير المتعارف لا يجوز وهو تصريح بما فهم بالأولى: ثم ذكر مقابل الرواية الأولى وهى رواية الجواز فعلم أن المراد بها الشرط المتعارف أيضا وأن غير المتعارف لا يجوز أصلا، ويحتمل أن يكون قوله ويروى أنه يجوز أى إذا كان الشرط غير متعارف ويلزم منه جواز المتعارف بالأولى، فعلى الاحتمال الأول يكون قد اختار فى الفتح جواز التعليق بالشرط المتعارف، وعلى الثانى اختار جوازه مطلقا، وهذا الاحتمال

وأقره المصنف هنا والمتفرقات : لكن فى النهر ظاهر الزيلعى وغيره ترجيح الإطلاق قيد بكفالة المال لأن فى كفالة النفس تفصيلا مبسوطا فى الخانية :

(لايسترد أصيل ما أدى إلى الكفيل) بأمره ليدفعه للطالب

أظهر لأنه حيث قيد رواية عدم الجواز بالمتعارف علم أن غير المتعارف لايجوز بالأولى ، ثم اختار مقابل هذه الرواية وهو رواية الجواز أى مطلقا ، فكان على الشارح أن يقول وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط واو ملائما ، وروى جوازه مطلقا ، واختاره فى الفتح ، نعم ذكر فى الدرر عن العناية قولا ثالثا وهو عدم جواز التعليق بالشرط لو غير متعارف والجواز لو متعارفا . وذكر فى المعراج هذا القول وجعله محمل الروايتين وأقره فى البحر وقال إن قول الكنز وبطل التعليق محمول على غير المتعارف وتبعه الشارح ، لكن لايخفى أن كلام الفتح مخالف لهذا التوفيق لأنه حمل بطلان التعليق على الشرط المتعارف كما علمت فكيف ينسب إليه ما ذكره الشارح فافهم (قوله وأقره المصنف) أى فى شرحه فى هذا المحل : أى أقرما فى المعراج من التفصيل والتوفيق (قوله والمتفرقات) أى متفرقات البيوع فى بحث ما يبطل تعليقه (قوله ترجيح الإطلاق) أى رواية بطلان التعليق المتبادر منها الإطلاق عما فصله فى المعراج ، وفى كون الزيلعى رجح ذلك نظر بل كلامه قريب من كلام الهداية المار فراجعه (قوله قيد بكفالة النفس(١)) أى باعتبار أن الكلام فيها وإلا فلم يذكر القيد فى المتن كالكنز اهـ ح (قوله مبسوطا فى الخانية) حاصله أن تعليق البراءة من الكفالة بالنفس على وجوه فى وجه تصح البراءة ويبطل الشرط كما إذا أبرأ الطالب الكفيل على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم ، وفى وجه يصحان كما إذا كان كفيلا بالمال أيضا وشرط الطالب عليه أن يدفع المال ويبرئه من الكفالة بالنفس وفى وجه يبطلان كما إذا شرط الطالب على الكفيل بالنفس أن يدفع إليه المال ويرجع به على المطلوب اهـ (قوله لايسترد أصيل الخ) أى إذا دفع الأصيل وهو المديون إلى الكفيل المال المكفول به ليس للأصيل أن يسترده من الكفيل وإن لم يعطه الكفيل إلى الطالب :

قال فى النهر لأنه ، أى الكفيل ملكه بالإقتضاء ، وبه ظهر أن الكفالة توجب دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على الأصيل ، لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء ولذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهنا أو أبرأه أو وهب منه الدين صح فلا يرجع بأدائه كذا فى النهاية ، ولا ينافيه ما مر من أن الراجح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة لأن الضم إنما هو بالنسبة إلى الطالب وهذا لا ينافى أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه كما لا يخفى وعلى هذا فالكفالة بالأمر توجب ثبوت دينين وثلاث مطالبات تعرف بالتدبر اهـ ما فى النهر أى دين ومطالبة حالين للطالب على الأصيل ودين ومطالبة مؤخرين للكفيل على الأصيل أيضا ومطالبة فقط للطالب على الكفيل بناء على الراجح من أنها الضم فى المطالبة .

[تنبيه] نقل محشى مسكين عن الحموى عن المفتاح أن عدم الاسترداد مقيد بما إذا لم يؤخره الطالب عن الأصيل أو الكفيل ، فإن أخره له أن يسترده اهـ :

قلت : لكن قوله أو الكفيل لم يظهر لى وجهه تأمل (قوله بأمره) متعلق بالكفيل احترازا عن الكفيل بلا أمر كما سيأتى . قال فى النهر : قيد به فى الهداية ولا بد منه (قوله ليدفعه للطالب) متعلق بأدى .

واعلم أن مامر من أن الكفيل ملك المؤدى فذلك فيما إذا دفعه إليه الأصيل على وجه القضاء ، بأن قال له إنى لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه ، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة

---

(١) (قوله قيد بكفالة النفس) هكذا بخطه ولعله سبق قلم ، فإن الذى فى نسخ الشارح : قيد بكفالة المال لأن فى كفالة النفس تفصيلا الخ ، اهـ مصححه .

(وإن لم يعطه طالبه) ولايعمل نهيه عن الأداء لو كفيلا بأمره وإلا عمل لأنه جينئذ يملك الاسترداد بحر ، وأقره المصنف لكنه قدم قبله مايخالفه فليحرر (وإن ربح) الكفيل (به طاب له) لأنه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء ، فلو على وجه الرسالة فلا لتمحضه أمانة

بأن قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب حيث لايصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة فى يده ، لكن لايكون للمطلوب أن يسترده من الكفيل لأنه تعلق به حق الطالب كذا فى الكافى ؛ لكن ذكر فى الكبرى أن له الاسترداد وأنه أشار إليه فى الأصل كذا فى الكفاية شرح الهداية ، وما نقله عن الكافى نقل ط مثله عن العناية والمعراج ، وعليه مشى فى البحر والنهر ، والمراد بالكافى كافى النسفى ؛ أما كافى الحاكم الشهيد الذى جمع كتب ظاهر الرواية فإنه أشار فيه أيضا إلى أن له الاسترداد لو دفعه على وجه الرسالة فإنه ذكر أنه لو قبضه على وجه القضاء فله التصرف وله ربحه لأنه له ، ولو هلك منه ضمنه ، ولو قبضه على وجه الرسالة فهلك كان مؤتمنا ويرجع به على الأصيل ، ولو لم يهلك فعمل به وربح تصدق بالربح لأنه غاصب ، وكذا فى الهداية إشارة إليه حيث ذكر أولا أنه إذا قضاه لايسترد . ثم قال : بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة فى يده ، فدل كلامه على أن عدم الاسترداد فى الأداء على وجه القضاء لا الرسالة حيث جعله فى الرسالة محض أمانة والأمانة مستردة . ونقل ط عن غاية البيان أن له استرداد . قال : ومثله فى صدر الشريعة : وقال فى اليعقوبية : إنه الظاهر لأنه أمانة محضة ويد الرسول يد المرسل فكأنه لم يقبضه فلا يعتبر حق الطالب وهو المتبادر من الهداية اه .

قلت : وهو المتبادر أيضا مما فى المتون من أن الربح يطيب له فإنه دليل على أن المراد الأداء على وجه القضاء ، وقول الشارح تبعا للدرر ليدفعه للطالب ظاهره الدفع على وجه الرسالة ، وهو موافق لما فى كافى النسفى وغيره ، ويفهم منه أنه فى الدفع على وجه القضاء له ذلك بالأولى ؛ ويمكن حمله على مافى كافى الحاكم وغيره بأن يكون المراد أنه لم يصرح له بأنه يدفعه للطالب بل أضمر ذلك فى نفسه وقت الأداء . ففى الشرنبلالية عن القنية : لو أطلق عند الدفع فلم يبين أنه على وجه القضاء أو الرسالة يقع عن القضاء فافهم ؛

[تنبيه] لو قضى المطلوب الدين إلى الطالب فللمطلوب أن يرجع على الكفيل بما أعطاه كما فى الكافى وغيره (قوله وإن لم يعطه طالبه) إن وصلية وطالبه بكسر اللام بزنة اسم الفاعل مضاف للضمير وهو المفعول الثانى ليعطه (قوله ولا يعمل نهيه الخ) هذا ما أجاب به فى البحر حيث قال : وقد سئلت عما إذا دفع المديون الدين للكفيل ليؤديه إلى الطالب ثم نهاه عن الأداء هل يعمل نهيه ؟ فأجبت إن كان كفيلا بالأمر لم يعمل نهيه لأنه لايملك الاسترداد وإلا عمل لأنه يملكه اه :

قلت : وظاهر قوله ليؤديه أن الدفع على وجه الرسالة فهو مبنى على مافى كافى النسفى (قوله لأنه حينئذ) أى حين إذ كان كفيلا بلا أمر يملك الأصيل الاسترداد لأن الكفيل لادين له عليه فلم يملك المؤدى بل هو فى يده محض أمانة كما إذا أداه الأصيل إليه على وجه الرسالة وكانت الكفالة بالأمر على مامر ، بل هذا بالأولى لما علمت من أنه هنا لادين له أصلا (قوله لكنه قدم قبله مايخالفه) لعل مراده بالمخالفة أن المصنف لم يقيد متنه بكون الكفيل كفيلا بالأمر ، وفرق هنا بين كونه بالأمر فلا يعمل نهيه وإلا عمل ؛ لكن فى شرح المصنف إشارة إلى أن مراده فى المتن الكفيل بالأمر ، وقد علمت أن هذا القيد لابد منه فلا مخالفة (قوله حيث قبضه على وجه الاقتضاء) تقييد للمتن وتعليله بأنه نماء ملكه وصرح بعده بمفهومه : وعبارة الهداية : فإن ربح الكفيل فيه فهو له لايتصدق به لأنه ملكه حين قبضه وهذا إذا قضى الدين ظاهر ، وكذا إذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له استرداد مادفع

خلافا للثانى (وندب رده) على الأصيل إن قضى الدين بنفسه درر (فيما يتعين بالتعيين) كحنطة لا فيما لا يتعين كنقود فلا يندب ، ولو رده هل يطيب للأصيل ؟ الأشبه نعم ولو غنيا عناية .

(أمر) الأصيل (كفيله ببيع العينة) أى بيع العين بالربح لسيئة ليبيعها المستقرض بأقل ليقضى دينه ، اخترعه أكلة الربا ، وهو مكروه مذموم شرعا لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض (ففعل) الكفيل ذلك (فالمبيع للكفيل و) زيادة (الربح عليه) لأنه العاقد و (لا) شيء على (الآمر)

للكفيل ، وإنما حكمنا بثبوت ملكه إذا قضاه المطلوب بنفسه لأن الكفيل وجب له بمجرد الكفالة على الأصيل مثل ماوجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة اه موضحا من الفتح وتمامه فيه (قوله خلافا للثانى) أى أبى يوسف فعنده يطيب له كمن غصب من إنسان وربح فيه يتصدق بالربح عندهما لأنه استفاده من أصل خبيث ويطيب له عنده مستدلا بحديث « الخراج بالضمان » فتح (قوله وندب رده) مرتبط بقوله بعده فيما يتعين بالتعيين : أى أن قوله طاب له : أى الربح إنما هو فيما لوكان المؤدى للكفيل شيئا لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير فإن الخبث لايظهر فيها ، بخلاف مايتعين كالحنطة ونحوها بأن كفل عنه حنطة وأداها الأصيل إلى الكفيل وربح الكفيل فيها فإنه يندب رد الربح إلى الأصيل . قال فى النهر : وهذا هو أحد الروايات عن الإمام ، وهو الأصح وعنه أنه لايرده بل يطيب له ، وهو قولهما لأنه نماء ملكه . وعنه أنه يتصدق به وتمامه فيه (قوله إن قضى الدين بنفسه) أى إن قضاه الأصيل للطالب ، وهذه العبارة تابع فيها صاحب الدرر الزيلعى ، وأقره الشرنبلالى ؛ لكن اعترضه الوانى بأن هذا القيد غير لازم وموهم خلاف المقصود :

قلت : وهو كذلك كما يعلم من الهداية حيث قال فى توجيه الأصح : وله أى للإمام أنه تمكن الخبث مع الملك لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه الخ ، فجعل إمكان الاسترداد بقضاء الدين بنفسه دليل ثبوت الخبث فى الربح مع قيام الملك ، فعلم أن ذلك غير قيد فى المسألة (قوله الأشبه نعم ولو غنيا) الذى فى العناية وكذا البحر والنهر إن كان فقيرا طاب ، وإن كان غنيا ففيه روايتان ، والأشبه أن يطيب له أيضا فكان الأولى للشارح أن يؤخر قوله الأشبه نعم عن قوله ولو غنيا لأن الروايتين فيه لا فى الفقير :

مطلب بيع العينة

(قوله أمر كفيله ببيع العينة) بكسر العين المهملة وهى السلف ، يقال باعه بعينة : أى لسيئة مغرب . وفى المصباح وقيل لهذا البيع عينة لأن مشترى السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا أى نقدا حاضرا اه أى قال الأصيل للكفيل اشترى من الناس نوعا من الأقمشة ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرته أنت فعلى فيأتى إلى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر منه الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر لسيئة فيبيعه هو فى السوق بعشرة فيحصل له العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوى عشره بخمسة عشرة فيأخذ الدراهم التى أقرضه على أنها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا درر : ومن صورها أن يعود الثوب إليه كما إذا اشتراه التاجر فى الصورة الأولى من المشترى الثانى ودفع الثمن إليه ليدفعه إلى المشترى الأول ، وإنما لم يشتره من المشترى الأول تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن (قوله أى بيع العين بالربح) أى بثمن زائد نسيئة : أى إلى أجل وهذا تفسير للمراد من بيع العينة فى العرف بالنظر إلى جانب البائع ، فالمعنى أمر كفيله بأن يباشر عقد هذا البيع مع البائع بأن يشترى منه العين على هذا الوجه لأن الكفيل مأمور بشراء العينة لا ببيعها وأما بيعه بعد ذلك لما اشتراه فليس على وجه العينة لأنه يبيعها حالة بدون ربح (قوله وهو مكروه) أى عند محمد ، وبه جزم فى الهداية . قال فى الفتح : وقال أبو يوسف : لايكره هذا

لأنه إما ضمان الخسران أو توكيل بمجهول وذلك باطل:

(كفل) عن رجل (بما ذاب له أو بماقضى له عليه أو بما لزمه له) عبارة الدرر: لزم بلا ضمير . وفى الهداية وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله: أطال الله بقاءك (فغاب الأصيل فبرهن المدعى على الكفيل أن له على الأصيل كذا لم يقبل) برهانه حتى يحضر الغائب فيقضى عليه فيلزمه تبعا للأصيل

البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره ه وقال محمد : هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا ، وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: « إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم » أى اشتغلتم بالحرث عن الجهاد : وفى رواية «سلط عليكم شراركم فيدعوا خياركم فلا يستجاب لكم» وقيل إياك والعينة فإنها العينة ؛

ثم قال فى الفتح ماحاصله: إن الذى يقع فى قلبى أنه إن فعلت صورة يعود فيها إلى البائع جميع ماأخرجه أو بعضه كعود الثوب إليه فى الصورة المارة وكعود الخمسة فى صورة إقراض الخمسة عشر فيكره يعنى تحريما ، فإن لم يعد كما إذا باعه المديون فى السوق فلا كراهة فيه بل خلاف الأولى ، فإن الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب وما لم ترجع إليه العين التى خرجت منه لايسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقا وإلا فكل بيع بيع العينة اه وأقره فى البحر والنهر والشرنبلالية وهو ظاهر ، وجعله السيد أبو السعود محمل قول أبى يوسف، وحمل قول محمد والحديث على صورة العود.

هذا وفى الفتح أيضا : ثم ذموا البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة للتجار إن العينة التى جاءت فى الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح ؛ فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولاشك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته اه (قوله لأنه إما ضمان الخسران) أى نظرا إلى قوله على فإنها للوجوب فلا يجوز كما إذا قال لرجل بايع فى السوق فما خسرت فعلىّ درر (قوله أو توكيل بمجهول) أى نظرا إلى الأمر به فلا يجوز أيضا لجهالة نوع الثوب وثمنه درر (قوله كفل عن رجل) الأولى أن يقول كفل عن رجل لرجل ليكون مرجع الضمير فى له مذكورا وهو الرجل الثانى المكفول له وإن كان معلوما من المقام (قوله بما ذاب له) أى بما ثبت ووجب بالقضاء (قوله عبارة الدرر لزم بلا ضمير) الذى رأيناه فى الدرر لزمه بالضمير وكأنه سقط من نسخة الشارح وهى أولى ، لأن ضمير له فى المواضع الثلاثة للمكفول له وضمير لزمه للمكفول ، ففيه تشتيت الضمائر مع إيهام عوده للمكفول أيضا كبقية الضمائر المذكورة، ولاحاجة إلى تقديره ولا إلى التصريح به لأن لزم بمعنى ثبت فهو قاصر فى المعنى لايحتاج إلى مفعول والمعنى بما ثبت له عليه فلما كان الأول إسقاطه نبه الشارح عليه فافهم (قوله أريد به المستقبل) لأنه معلق عليه ، فإن المعنى إن وجب لك عليه شىء فى المستقبل فأنا كفيل به ، حتى لوكان له عليه مال ثابت قبل الكفالة لم يكن مكفولا به كما يعلم مما يأتى (قوله لم يقبل برهانه) لأنه إنما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لأنه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود ، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والبينة لم تشهد بقضاء دين وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبى ، وهذا فى لفظ القضاء ظاهر وكذا فى ذاب لأن معناه تقرر ووجب وهو بالقضاء بعد الكفالة ، حتى لو ادعى أنى قدمت الغائب إلى قاضى كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لى عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أولا إلا أنه إذا كانت بغير أمر

(وإن برهن أن له على زيد الغائب كذا) من المال (وهو) أى الحاضر (كفيل قضى) بالمال (على الكفيل) فقط (ولو زاد بأمره قضى عليهما) فللكفيل الرجوع لأن المكفول به هنا مال مطلق فأمكن إثباته بخلاف ماتقدم وهذه حيلة إثبات الدين على الغائب ، ولو خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيبرهن المدعى على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرىء الكفيل فيبقى المال على الغائب

يكون القضاء على الكفيل خاصة كذا فى الفتح ،وقوله حتى لو ادعى الخ هو معنى مافى الفصول العمادية : ادعى على رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق وأقام المدعى بينة أنه ذاب له على فلان كذا فإنه يقضى به فى حق الكفيل الحاضر وفى حق الغائب جميعا ، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره اه ، فإن قوله وأقام المدعى بينة أنه ذاب له على فلان كذا معناه أنه وجب له عليه بالقضاء بعد الكفالة : أى أن القاضى قضى له عليه بذلك ، فحيث برهن على أن الأصيل الغائب محكوم عليه بذلك ثبت شرط الكفالة فصار الكفيل خصما فيثبت عليه المال قصدا أو على الغائب ضمنا ، بخلاف ما فى المتن فإن المدعى برهن على أن له على الأصيل كذا لا على أنه كان حكم له على الأصيل بكذا فلو قبلت هذه البينة يكون قضاء على الغائب قصدا لأن الكفيل لم يصر خصما لأنه لم يثبت شرط كفالته ، فالفرق بين المسألتين جلى واضح وإن خفى على صاحب النهر وغيره :

والعجب من قوله البحر إن جزمهم هنا بعدم القبول ينبغى أن يكون على الرواية الضعيفة ، أما على أظهر الروايتين المفتى بهمن نفاذ القضاء على الغائب فينبغى النفاذ اه فإن المفتى به نفاذ القضاء على الغائب من حاكم يراه كشافعى ، حتى لو رفع حكمه إلى الحنفى نفذه كما حرره صاحب البحر نفسه فى كتاب القضاء وكلامهم هنا فى الحاكم الحنفى ، فإن حكمه لا ينفذ لما علمته من عدم الخصم (قوله وإن برهن الخ) هذه مسألة مبتدأة غير داخلة تحت قوله كفل بما ذاب الخ كما نبه عليه صدر الشريعة وابن الكمال وغيرهما لأن المكفالة هنا بمال مطلق كما يأتى (قوله وهو كفيل) أى بذلك المــال (قوله فللكفيل الرجوع) أى فإذا قضى عليهما : أى على الـكفيل الحاضر وعلى الأصيل الغائب ثبت للكفيل بالأمر الرجوع على الغائب بلا إعادة بينة عليه إذا حضر لأنه صار مقضيا عليه ضمنا (قوله لأن المــكفول به هنا) أى فى قوله وإن برهن الخ مال مطلق : أى غير مقيد بكونه ثابتا بعد الكفالة بخلاف ما تقدم فى قوله كفل بما ذاب الخ لأن الكفالة فيه بمال موصوف بكونه مقضيا به بعد الكفالة ، فما لم تثبت تلك الصفة لا يكون كفيلا فلا يكون خصما كما فى شرح الجامع لقاضيخان ، وهذا تعليل لأصل القضاء على الكفيل : وأما كون القضاء يتعدى إلى الأصيل لو الكفالة بأمره ولا يتعدى لو بدون أمره فوجهه كما فى النهر أن الكفالة بلا أمر إنما تفيد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى زعمه إلى غيره ، أما بالأمر الثابت فيتضمن إقرار المطلوب بالمال إذ لايأمر غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف به فلذا صار مقضيا عليه :

ثم قال فى النهر : وفى الجامع الكبير جعل المسألة مربعة إذا الكفالة إما مطلقة ككفلت بما لك على فلان أومقيدة بألف درهم وكل ما بالأمر أو بدونه ،وقد علمت أن المقيدة إذا كانت بالأمر كان القضاء بها عليهما وإلا فعلى الكفيل فقط : وأما المطلقة فإن القضاء بها عليهما سواء كانت بالأمر أولا لأن الطالب لايتوصل لإثبات حقه على الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل وهذا لأن المذهب أن القضاء على الغائب لا يجوز اه وتمامه فى الفتح (قوله وهذه حيلة الخ) ذكر فى البحر الأوجه الأربعة المذكورة آنفا عن الجامع ، ثم ذكر أن المطلقة هى الحيلة

وكذا الحوالة ، وتمامه فى الفتح والبحر ؛

(كفالته بالدرك تسليم) منه (لمبيع) كشفعة فلا دعوى له (ككتب شهادته فى صك كتب فيه باع ملكه أو باع بيعا نافذا باتا) فإنه تسليم أيضا ، كما لو شهد بالبيع عند الحاكم قضى بها أولا (لا) يكون تسليما (كتب شهادته فى صك بيع مطلق) عما ذكر (أو كتب شهادته على إقرار العاقدين) لأنه مجرد إخبار فلا تناقض

فى القضاء على الغائب وأن المقيدة لا تصلح للحيلة لأن شرط التعدى على الغائب كونها بأمره اه ؛

قلت : وطريق جعلها حيلة هو المواضعة الآتية بشرط أن يكون له بينة على الدين الذى له على الغائب وهذا ظاهر فى المطلقة عن التقييد بمقدار من المال سواء كانت الكفالة بالأمر أو لا فيتعدى فيها الحكم إلى الغائب لأن الكفيل إذا أقر بالكفالة وأنكر الدين على الأصيل فبرهن المدعى على الدين وقدره لإلزام الكفيل به لا يمكن إثباته إلا بعد إثباته على الأصيل فيثبت عليهما ، لأن المذهب عندنا كما فى الفتح أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل إليه إلا باثباته على الغائب ، فإذا ثبت عليهما ثم أبرأ المدعى الكفيل يبقى المال ثابتا على الغائب . وأما الكفالة المقيدة بألف مثلا فلا يتعدى الحكم فيها إلى الغائب إلا إذا كانت بأمره كما مر تقريره ، وإنما لم تصلح للحيلة مع تعدى الحكم فيها لأنه يحتاج إلى إثبات كون الكفالة بالأمر وليس له بينة على ذلك ، ولا تجوز الحيلة بإقامة شهود الزور وإقرار الكفيل بالدين يقتصر عليه ولا يتعدى إلى الغائب فضلا عن إقراره بكون الكفالة بأمر الغائب ، وبهذا التقرير يظهر لك أن الإشارة فى قول الشارح وهذه لا مرجع لها لأن المذكور فى كلامه الكفالة المقيدة وهى بقسميها لا تصلح للحيلة فافهم (قوله وكذا الحوالة) عبارة الفتح : وكذا الحوالة على هذه الوجوه اه أى إنها تكون مطلقة ومقيدة وكل منهما بالأمر وبدونه فهى مربعة أيضا : وبيانه ما فى شرح المقدسى عن التحرير شرح الجامع الكبير ، وكذا لو شهدوا على الحوالة المطلقة يكون قضاء على الحاضر والغائب ادعى الأمر أو لم يدع فإن شهدوا بالحوالة المقيدة أن ادعى الأمر يكون قضاء على الحاضر والغائب فيرجع ، وإن لم يدع الأمر يكون قضاء على الحاضر خاصة ولا يرجع ، وتمامه فيه ،وبه ظهر أن الإشارة بقوله وكذا الحوالة راجعة إلى أصل المسألة لا إلى بيان جعلها حيلة لأن شرط صحة الحوالة كون المال معلوما كما سيأتى . فلو قال له إن فلانا أحالنى عليك بألف درهم فأقر له بالحوالة بها كان مقرا بالمال فيلزمه ولا يمكن المدعى إثباته على الغائب بالبينة ، وهذه حوالة مطلقة لأنها لم تقيد بنوع مخصوص كما سيأتى بيانها فى بابها إن شاء الله تعالى هذا ما ظهر لى (قوله كفالته بالدرك) هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع كما مر نهر (قوله تسليم المبيع) أى تصديق منه بأن المبيع ملك للبائع ، لأنها إن كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب له وإن لم تكن مشروطة فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشترى فينزل منزلة الإقرار بالملك ، فكأنه قال اشترها فإنها ملك البائع ، فإن استحقت فأنا ضامن ثمنها نهر (قوله كشفعة) أى لو كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له بحر لرضاه بشراء المشترى (قوله فلا دعوى له) أى فلا تسمع دعواه بالملك فيها بالشفعة وبالإجارة بحر (قوله كتب فيه) بالبناء للمجهول ، وقوله باع ملكه الخ جملة قصد بها لفظها نائب الفاعل وجملة كتب الخ صفة لصك (قوله كما لو شهد بالبيع الخ) لأن الشهادة به على إنسان إقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات نهر عن الزيلعى (قوله مطلق عما ذكر) أى عن قيد الملكية ، وكونه نافذا باتا فتسمع دعواه الملك بعده إذ ليس فيه ما يدل على إقراره بالملك للبائع لأن البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب شهادته ليحفظ الواقعة ، بخلاف ما تقدم فإنه مقيد بما ذكر درر أى ليسعى بعد ذلك فى تثبيت البينة فتح (قوله لأنه مجرد إخبار) ولو أخبر بأن فلانا باع شيئا كان له أن يدعيه درر وقولهم هنا إن الشهادة لا تكون إقرارا بالملك يدل بالأولى على أن السكوت زمانا لا يمنع الدعوى بحره

ولم يذكر الختم لأنه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم :

(قال) الكفيل (ضمنته لك إلى شهر وقال الطالب) هو (حال فالقول للضامن) لأنه ينكر المطالبة (وعكسه) أى الحكم المذكور (فى) قوله (لك على مائة إلى شهر) مثلا (إذا قال الآجر) وهو المقر له (حالة) لأن المقر له ينكر الأجل ، والحيلة لمن عليه دين مؤجل وخاف الكذب أو حلوله بإقرار أن يقول أهو حال أو مؤجل ؟ فإن قال حال أنكره ولا حرج عليه زيلعى .

(ولا يؤخذ ضامن الدرك إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن) إذ بمجرد الاستحقاق

وفى حاشية السيد أبى السعود: لكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ الشلبى ان حضوره مجلس البيع وسكونه بلا عذر مانع له من الدعوى بعد ذلك حسما لباب التزوير اه .

قلت : سيأتى آخر الكتاب قبيل الوصايا إن شاء الله تعالى أن ذلك فى القريب والزوجة : وكذا فى الجارى إذا سكت بعد ذلك زمانا ه

وفى دعوى الخيرية أن علماءنا نصوا فى متونهم وشروحهم وفتاويهم أن تصرف المشترى فى المبيع مع إطلاع الخصم ولو كان أجنبيا بنحو البناء أو الغراس أو الزرع يمنعه من سماع الدعوى (قوله ولم يذكر الختم الخ) أى كما قال فى الكنز وشهادته وختمه .

قال فى الفتح : الختم أمر كان فى زمانهم إذا كتب اسمه فى الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كى لا يطرقه التبديل وليس هذا فى زماننا اه . فالحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أولا كذا فى العناية ؛

قال فى النهر : ولم أر ما لو تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط والذى يجب أن يعول عليه اعتبارا المكتوب فى الصك ، فإن كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافا به وإلا لا اه (قوله إلى شهر) أى بعد شهر فلا مطالبة لك على الآن (قوله هو) أى الضمان (قوله فالقول للضامن) أى مع يمينه فى ظاهر الرواية ط عن الشلبى . واحترز به عما روى عن الثانى أن القول للمقر له (قوله لأنه ينكر المطالبة) أى فى الحال (قوله لأن المقر له ينكر الأجل) فإن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة فى الحال ، إذا الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلا عن قرض أو إتلاف أو بيع ونحوه ، والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه فى الحال إلا لبدل فى الحال ، فكان الحلول الأصل والأجل عارض ، فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لانوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها والآخر ينكره ، وفى الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الأصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها فى الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له ، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها فى الحال أو فى المستقبل كالكفالة بما ذاب أو بالدرك فإنما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر اه فتح (قوله وخاف الكذب) أى إن أنكر الدين (قوله أو حلوله) أى دعوى المقر له أنه حال بسبب إقرار المقر بالدين (قوله أن يقول الخ) أى المدعى عليه للمدعى ، وقيل إذا قال ليس لك على حق فلا بأس به إذا لم يرد إتواء حقه زيلعى ، ولم يذكر أمر حلفه لو استحلف والظاهر أن له ذلك إذ مجرد إنكاره مما لا أثر له نهر : أى أن قوله لا بأس به : أى بالإنكاره المذكور لا أثر له لأن الخصم يطلب تحليفه ويكذبه فى الإنكار فالإذن له بالإنكار إذن بالحلف ، ولا يخفى أن ليس للنفى فى الحال إلا لقرينة على خلافه فإذا حلف وقال ليس لك على حق : أى فى الحال فهو صادق فافهم (قوله إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع) الظرف متعلق بقوله ولا يؤخذ وأراد بالاستحقاق الناقل ، أما المبطل كدعوى النسب ودعوى الوقف فى الأرض المشتراة ، وأنها كانت مسجدا يرجع على الكفيل وإن لم يقض بالثمن على

لاينتقض البيع على الظاهر كما مر :

(وصح ضمان الخراج) أى الموظف فى كل سنة وهو مايجب عليه فى الذمة بقرينة قوله (والرهن به) إذ الرهن بخراج المقاسمة باطل نهر على خلاف ما أطلقه فى البحر ، وتجويز الزيلعى الرهن فى كل ماتجوز به الكفالة بجامع التوثق منقوض بالدرك لجواز الكفالة به دون الرهن (وكذا النوائب) ولو بغير حق كجبايات زماننا فإنها فى المطالبة كالديون بل فوقها ؛ حتى لو أخذت من الأكار فله الرجوع على مالك الأرض

المكفول عنه ولكن الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه بخلاف الناقل ، ومر تمام أحكامه فى بابه ، قيد بالاستحقاق لأنه لو انفسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب لم يؤاخذ الكفيل به وبالثمن ، لأنه لو بنى فى الأرض لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء ، وكذا لو كان المبيع أمة استولدها المشترى وأخذ من المشترى مع الثمن قيمة الولد والعقر لم يرجع على الكفيل إلا بالثمن كذا فى السراج نهر (قوله لا ينتقض البيع) ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه وهو الصحيح ، فما لم يقض بالثمن على البائع لا يجب رد الثمن على الأصيل فلا يجب على الكفيل ، وقوله كما مر أى فى باب الاستحقاق ، وانظر ماكتبناه هناك (قوله أى الموظف فى كل سنة) لأنه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون ، وتمامه فى الزيلعى ، وهذا التعليل اعتمدوه جميعا فيدل على اختصاص الخراج المضمون بالموظف . أما خراج المقاسمة فجزء من الخارج وهو عين غيره مضمون حتى لو هلك لا يؤخذ بشىء والكفالة بأعيان لاتجوزط (قوله على خلاف ما أطلقه فى البحر) فإنه قال وأطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصصه بعضهم بالموظف الخ :

ووجه الاعتراض على البحر حيث حمل كلام الكنز على الإطلاق مع وجود القرينة المذكورة على التقييد بالموظف فكان الأولى التقييد فافهم ، وكذا التعليل المار يدل عليه :

ولذا قال فى الفتح : وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة فإنه غير واجب فى الذمة (قوله منقوض) النقض لصاحب البحر (قوله وكذا النوائب) جمع نائبة : وفى الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر اه وفى اصطلاحهم ما يأتى :

قال فى الفتح قيل أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسرى إذا لم يكن فى بيت المال شىء وغيرهما مما هو بحق ، فالكفالة به جائزة بالاتفاق لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة ولى الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شىء فيه وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس فى زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان فى كل يوم أو شهر فإنها ظلم : فاختلف المشايخ فى صحة الكفالة بها فقيل تصح إذ العبرة فى صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل ، ولهذا قلنا إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغى أن من قال الكفالة ضم فى الدين يمنعها هنا ، ومن قال فى المطالبة يمكن أن يقول بصحتها أو يمنعها بناء على أنها فى المطالبة بالدين أو مطلقا اه فإن قال بالدين منعها وإن قال مطلقا أى بالدين وغيره أجازها (قوله حتى لو أخذت الخ) تأييد للقول بجواز الكفالة بها فإنها إذا أخذت من الأكار وجاز له الرجوع بها بلا كفالة فمع الكفالة بالأولى ، لكن فى البزازية لايرجع الأكار فى ظاهر الرواية وقال الفقيه يرجع وإن أخذ من الجار لا يرجع وزاد فى جامع الفصولين إن أحد الشريكين لو أدى الخراج يكون متبرعا نعم فى آخر إجارات القنية برمز ظهير الدين المرغينانى وغيره المستأجر إذا أخذ منه الجباية الراتبة على الدور والحوانيت يرجع على الآجر ، وكذا الأكار فى الأرض وعليه

وعليه الفتوى صدر الشريعة وأقره المصنف وابن الكمال ، وقيده شمس الأئمة بما إذا أمره به طائعا ، فلو مكرها فى الأمر لم يعتبر لما أمره بالرجوع ذكره الأكمل . وقالوا : من قام بتوزيعها بالعدل أجر ، وعليه فلا يفسق حيث عدل وهو نادر . وفى وكالة البزازية : قال لرجل خلصنى من مصادرة الوالى أو قال الأسير ذلك فخلصه رجع بلا شرط على الصحيح .

قلت : وهذا يقع فى ديارنا كثيرا ، وهو أن الصوباشى يمسك رجلا ويحبسه فيقول لآخر خلصنى فيخلصه بمبلغ : فحينئذ يرجع بغير شرط الرجوع بل بمجرد الأمر فتدبر كذا بخط المصنف

الفتوى اه (قوله وعليه الفتوى) راجع لقوله ولو بغير حق وكذا المسألة الأكار كما علمت . وفى البحر وظاهر كلامهم ترجيح الصحة : أى فى كفالة النوائب بغير حق ، ولذا قال فى إيضاح الإصلاح ، والفتوى على الصحة وفى الخانية : الصحيح الصحة ، ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره اه وعليه مشى فى الأختيار والمختار والملتقى لعم صحح صاحب الخانية فى شرحه على الجامع الصغير عدم الصحة ، وكذلك أفتى فى الخيرية بعدم الصحة مستندا لما فى البزازية والخلاصة من أنه قول عامة المشايخ ، ولما فى العمادية من أن الأسير لو قال لغيره خلصنى فدفع المأمور مالا وخلصه . قال السرخسى يرجع وقال صاحب المحيط لا وهو الأصح وعليه الفتوى قال : فهذا يدفع ما فى الإصلاح وما فى الخانية والعلة فيه أن الظلم يجب إعدامه ويحرم تقريره وفى القول بصحة تقريره اه ملخصا :

قلت : غاية الأمر أنهما قولان مصححان ومشى على الصحة بعض المتون وهو ظاهر إطلاق الكنز وغيره لفظ النوائب فكان أرجح . وأما مسألة الأسير فليس فيها كفالة ولا أمر الرجوع على أنه فى الخانية صحح أنه يرجع على الأسير ، وبه جزم فى شرح السير الكبير بلا حكاية خلاف كما قدمناه فى متفرقات البيوع ؛ وأما قوله والعلة فيه الخ فهو مدفوع بما رأيته فى هامش نسختى المنح بخط بعض العلماء وأظنه السيد الحموى مما حاصله أن المراد من صحة الكفالة بالنوائب رجوع الكفيل على الأصيل لو كانت الكفالة بالأمر لا أنه يضمن لطالبها الظالم لأن الظلم يجب إعدامه ولا يجوز تقريره فلا تغتر بظاهر الكلام اه وهو تنبيه حسن ولهذا لم يذكروا الرجوع على الكفيل بل اقتصروا على بيان الرجوع على الأصيل لو الكفالة بأمره ، وليس فى هذا تقرير الظلم بل فيه تحقيقه لأنه لولا الكفالة يحبس الظالم المكفول ويضربه ويكلفه ببيع عقاره وسائر أملاكه بثمن بخس أو بالاستدانة بالمرابحة ونحو ذلك مما هو مشاهد ، ولعلهم لهذا أجازوا هذه الكفالة وإن لم يجيزوها بثمن خمر ونحوه ، والله سبحانه أعلم (قوله وقيده شمس الأئمة) لامرجع فى كلامه لهذا الضمير ، والمناسب قول النهر .

وفى الخانية : قضى نائبه غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح وقيده شمس الأئمة الخ أى قيد قوله بأمره وهذا التقييد ظاهر إذ لا خفاء أن أمر المكره غير معتبر .

[فرع] فى مجموع النوازل : جماعة طمع الوالى أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالى ببعضهم فقال المختفون لهم لا تطلعوه علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص ، فلو أخذ منهم شيئا فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من جوز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لايصح فتح (قوله لم يعتبر لما أمره بالرجوع) الأصوب فى الرجوع كما هو فى البحر وغيره عن العناية للأكمل ، فالباء بمعنى فى متعلقة بيعتبر لا بأمره لأنه ليس المراد أنه أمره بالرجوع عليه بل أمره بقضاء النائبة وإن لم يشترط الرجوع ، وحينئذ فالمعنى أنه إذا كان مكرها بالأمر بالقضاء لم يعتبر أمره فى حق الرجوع لفساد الأمر بالإكراه فلا رجوع للمأمور عليه (قوله بلا شرط) أى بلا شرط الرجوع (قوله على الصحيح) مخالف لما قدمه فى النفقات من أن الصحيح عدم الرجوع وبه يفتى ،

على هامشها فليحفظ (والقسمة) أى النصيب من النائبة ، وقيل هى النائبة الموظفة ، وقيل غير ذلك ، وأياما كان فالكفالة بها صحيحة صاحب الشريعة :

(قال) رجل (لآخر اسلك هذا الطريق فإنه أمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن ، ولو قال إن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن) والمسألة بحالها (ضمن) هذا وارد على ماقدمه بقوله ولاتصح بجهالة المكفول عنه كما فى الشرنبلالية والأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور

ففيه اختلاف التصحيح كما ذكرناه آنفا (قوله على هامشها) أى هامش البزازية . وفى القاموس : الهامش حاشية الكتاب مولد :

[تتمة] من أصحابنا من قال الأفضل أن يساوى أهل محلته فى إعطاء النائبة قال القاضى : هذا كان فى زمانهم لأنه على إعانة على الحاجة والجهاد ، أما فى زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما ، ومن تمكن : من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له نهر ، وتمامه فى الفتح . ونقل فى القنية أن الأولى الامتناع إن لم يحمل حصته على الباقين وإلا فالأولى عدمه .

ثم قال : وفيه إشكال لأن الإعطاء إعانة للظالم على ظلمه (قوله أى النصيب من النائبة) أى حصة الشخص منها إذا قسمها الإمام فتح (قوله وقيل هى النائبة الموظفة) والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا فتح (قوله وقيل غير ذلك) قال فى النهر : وقيل هو أن يقسم ثم يمنع أحد الشريكين قسم صاحب . وقال الهندوانى : هى أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة فيضمنه إنسان ليقوم مقامه فيها (قوله فإنه أمن) بقصر الهمزة على تقدير مضاف : أى ذو أمن أو بمدها على صورة اسم الفاعل بمعنى المفعول كساحل بمعنى مسحول أو بمعنى آمن سالكه مثل نهاره صائم ، وعلى الوجهين عيشة راضية (قوله لم يضمن) مثله كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات لا ضمان عليه ، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهرت مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر أشباه ط (قوله والمسألة بحالها) أى فسلكه وأخذ ماله ط (قوله ضمن) أما لو قال له إن أكل ابنك سبع أو أتلف مالك سبع فأنا ضامن لايصح هندية ، لما تقدم من أن السبع لا يكفل وإن فعله جبار ط (قوله هذا وارد الخ) أقول : صحة الضمان لا من حيث صحة الكفالة حتى يرد ما ذكر بل من حيث إنه غره لأن الغرور يوجب الرجوع إذا كان بالشرط أبو السعود ط ولذا أعقبه الشارح بذكر الأصل لكن يأتى أن ضمان الغرر فى الحقيقة هو ضمان الكفالة :

ثم اعلم أن المصنف تابع فى ذكر هذه المسألة صاحب الدرر عن العمادية ، وعزاها البيرى إلى الذخيرة بزيادة أن المكفول عنه مجهول ومع هذا جوزوا الضمان اه لكن قال فى الثالث والثلاثين من جامع الفصولين برمز المحيط : ما ذكر من الجواب مخالف لقول القدورى من قال لغيره من غصبك من الناس أو من بايعت من الناس فأنا ضامن لذلك فهو باطل اه . وأجاب فى نور العين بأن عدم الضمان فى مسألة القدورى لعدم التغرير فظهر الفرق .

قلت : لكن فى البزازية وذكر القاضى بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلى أو قال لرجل إن هلك عينك هذا فأنا ضامن لم يصح اه إلا أن يجاب بأن قوله بايع فلانا لا تغرير فيه لعدم العلم بحصول الخسران فى المبايعة معه ولأن الخسران يحصل بسبب جهل المأمور بأمر البيع والشراء ، بخلاف قوله اسلك هذا الطريق والحال أنه مخوف فإن الطريق المخوف يؤخذ فيه المال غالبا ولاصنع فيه للمأمور ، فقد تحقق فيه التغرير فلذا ضمنه الآمر نصا رجع عليه ، ولعلهم أجازوا الضمان فيه مع جهل المكفول عنه زجرا عن هذا الفعل كما فى تضمين الساعى ، والله

فى ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا درر ، وتمامه فى الأشباه ومر فى المرابحة .

[فروع] ضمان الغرور فى الحقيقة هو ضمان الكفالة .

للكفيل منع الأصيل من السفر لو كفالته حالة ليخلصه منها بأداء أو إبراء ، وفى الكفيل بالنفس يرده إليه كما فى الصغرى : أى لو بأمره :

من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع وإن لم يشترطه كالأمر بالإنفاق عليه وبقضاء دينه إلا فى مسائل أمره بتعويض عن هبته وبإطعام عن كفارته وبأداء عن زكاة ماله وبأن يهب فلانا عنى ألفا فى كل موضع يملك المدفوع إليه المال المدفوع إليه مقابلا بملك مال فإن المأمور يرجع بلا شرط وإلا فلا ، وتمامه فى وكالة السراج ، والكل من الأشباه وفى الملتقط

سبحانه أعلم (قوله فى ضمن المعاوضة) فيرجع على البائع بقيمة الوالد إذا استحقت بعد الاستيلاد، وبقيمة البناء بعد أن يسلم البناء إليه ، واحترز عما إذا كان فى ضمن عقد التبرع كالهبة والصدقة (قوله أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا) أى كمسئلة المتن الثانية فإنه نص فيها على الضمان بخلاف الأولى، وتمام عبارة الدرر : حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة فى الدلو فذهب من ثقبه ما كان فيه إلى الماء والطحان كان عالما به يضمن لأنه صار غارا فى ضمن العقد ، بخلاف المسألة الأولى لأن ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد وهنا العقد يقتضى السلامة ، كذا فى العمادية اه وأراد بالأولى قوله اسلك هذا الطريق فإنه آمن ، ويظهر من التعليل أن قوله حتى لو قال الخ تفريع على الأصل الأول ، وقوله إن كان عالما به أى بثقب الولد يشكل عليه مسألة الاستحقاق (قوله وتمامه فى الأشباه) ذكرناه فى آخر باب المرابحة وتكلمنا عليه هناك فراجعه (قوله هو ضمان الكفالة) أما فى الأصل الثانى فهو ظاهر لأن شرطه أن يذكر الضمان نصا ، وأما فى الأول فلأن عقد المعاوضة يقتضى السلامة فكأنه بسبب أخذ العوض ضمن له سلامة المعوض (قوله لو كفالته حالة) ينبغى أن يجرى فيه ما سيذكره الشارح آخر الباب عن المحيط (قوله ليخلصه بأداء وإبراء) أى بأن يؤدى المال إليه أو إلى الطالب أو بأن يتكلم مع الطالب ليبرىء الكفيل (قوله يرده إليه) فى بعض النسخ برده بالباء الموحدة وهى أحسن فهو متعلق بيخلصه أى برد نفسه وتسليمها إلى الطالب (قوله أى لو بأمره) لأن الكفيل بلا أمر متبرع ليس له مطالبة الأصيل بمال ولا نفس ، حتى إنه لا يأثم بالامتناع من تسليم نفسه معه كما مر سابقا (قوله من قام عن غيره بواجب بأمره الخ) الظاهر أن المراد بالواجب اللازم شرعا أو عادة ليصح استثناء التعويض عن الهبة ونفس الهبة إلا أن يكون لفظ إلا بمعنى لكن ، وقوله بأمره متعلق بقام (قوله أمره بتعويض عن هبته) أى أمر الموهوب له رجلا أن يعوض الواهب عن هبته (قوله وبإطعام الخ) وكذا لو قال أحجج عنى رجلا أو أعتق عنى عبدا عن ظهارى خانية فالمراد الواجب الأخروى (قوله وبأن يهب فلانا) فلو قال هب لفلان عنى ألفا تكون من الآمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض وللآمر الرجوع فيها والدافع متطوع ، ولو قال على أنى ضامن ضمن للمأمور وللآمر الرجوع فيها دون الدافع خانية (قوله فى كل موضع الخ) فالمشترى أو الغاصب إذا أمر رجلا بأن يدفع الثمن أو بدل الغصب إلى البائع أو المالك كان المدفوع إليه مالكا للمدفوع بمقابلة مال هو المبيع أو المغصوب ، وظاهره أن الهبة لو كانت بشرط العوض فأمره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال ، بخلاف ما لو أمره بالإطعام عن كفارته أو بالإحجاج عنه ونحوه فإنه ليس بمقابلة مال فلا رجوع للمأمور على الآمر إلا بشرط الرجوع ويرد عليه الأمر بالإنفاق عليه ، فإنه قدم أنه يرجع بلا شرط مع أنه ليس بمقابلة ملك مال ، وكذا الأمر بأداء النوائب وبتلخيص الأسير على ما مر .

الكفيل للمختلعة بمالها على الزوج من الدين لا يبرأ بتجدد النكاح بينهما :

ثوب غاب عن دلال لا ضمان عليه ، ولو غاب عن صاحب الحانوت وقد ساوم واتفقا على الثمن فعليه قيمة الثوب ، ولو طاف به الدلال ثم وضعه فى حانوت فهلك ضمن الدلال بالإتفاق، ولا ضمان على صاحب الحانوت عند الإمام لأنه مودع المودع :

دلال معروف فى يده ثوب تبين أنه مسروق فقال رددت على الذى أخذت منه برىء ، ولو قال طالب غريمى فى مصر كذا فإذا أخذت مالى فالك عشرة منه يجب أجر المثل لا يزاد على عشرة ملتقط . وأفتيت بأن ضمان الدلال والسمسار الثمن للبائع باطل لأنه وكيل بالأجر ؛ وذكروا أن الوكيل لا يصح ضمانه لأنه يصير عاملا لنفسه فليحرر اه .

[فائدة] ذكر الطرسوسى فى مؤلف له أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال ، مستدلا بأن عمر رضى الله عنه صادر أبا هريرة اه وذلك حين استعمله على البحرين ثم عزله وأخذ منه اثنى عشر ألفا ثم دعاه للعمل فأبى رواه الحاكم وغيره ؛ وأراد بعمال بيت المال خدمته الذين يجبون أمواله ، ومن ذلك كتبته إذا توسعوا فى الأموال لأن ذلك دليل على خيانتهم ،

هذا وسيذكر المصنف فى باب الرجوع عن الهبة أصلا آخر ، وهو كل ما يطالب به بالحبس والملازمة فالأمر بأدائه يثبت الرجوع وإلا فلا إلا بشرط الضمان ؛ ويرد عليه أيضا الأمر بالإنفاق ؛ وانظر ما حررناه فى تنقيح الحامدية (قوله الكفيل للمختلعة الخ) صورته خالعت زوجها على مهرها مثلا ولها عليه دين فكفله به لها رجل ثم جددا عقد النكاح بينهما لا يبرأ الكفيل لعدم ما يسقط ما ثبت عليه بالكفالة أفاده ط (قوله ثوب الخ) تابع صاحب الملتقط فى ذكر هذه الفروع فى الكفالة لمناسبة الضمان وإلا فمحلها الوديعة أو الإجارات (قوله لا ضمان عليه) هذا لو ضاع منه ، أما لو قال لا أدرى فى أى حانوت وضعته ضمن نقله بعض المحشين عن الخانية وذكر الشارح نحوه آخر الوديعة (قوله واتفقا على الثمن) أى قبل العقد فيكون مقبوضا على سوم الشراء (قوله ضمن الدلال بالاتفاق) أقول : هذا إذا وضعه أمانة عند صاحب الدكان ، أما لو وضعه عنده ليشتريه ففيه خلاف مذكور فى الثالث والثلاثين من جامع الفصولين ، فقيل يضمن لأنه مودع وليس للمودع أن يودع ، وقيل لا يضمن فى الصحيح لأنه أمر لا بد منه فى البيع ، وبه جزم فى الوهبانية كما نقله الشارح عنها آخر الإجارات (قوله برىء) لأنه كغاصب الغاصب إذا رد على الغاصب يبرأ وإنما يبرأ لو ثبت رده بحجة جامع الفصولين (قوله لأنه يصير عاملا لنفسه) إذ ولاية القبض له والضامن يعمل لغيره ط : فلو أن وكيل البيع ضمن الثمن لوكله وأدى يرجع ، ولو أدى بلا ضمان لا يرجع كما فى الفصولين وقد مر (قوله إلا لعمال بيت المال) أى إذا كان يرده لبيت المال أو على أربابه إن علموا كما ذكره فى آخر العبارة (قوله رواه الحاكم وغيره) أخرج فى الدر المنثور فى سورة يوسف فى قوله تعالى - اجعلنى على خزائن الأرض - قال أخرج ابن أبى حاتم والحاكم عن أبى هريرة قال : استعملنى عمر على البحرين ثم نزعنى وغرمنى اثنى عشر ألفا ثم دعانى بعد إلى العمل فأبيت ، فقال لم ، وقد سأل يوسف العمل وكان خيرا منك ، فقلت : إن يوسف عليه السلام نبى ابن نبى ابن نبى ابن نبى وأنا ابن أمية وأخاف أن أقول بغير علم وأفتى بغير علم أن يضرب ظهرى ويشتم عرضى ويؤخذ مالى اه بحر .

قلت : ولعل مذهبه أن هدية العمال جائزة ، بخلاف مذهب عمر رضى الله تعالى عنه ، فلذا غرمه

ويلحق بهم كتبة الأوقاف ونظارها إذا توسعوا وتعاطوا أنواع اللهو وبناء الأماكن فللحاكم أخذ الأموال منهم وعزلهم ، فإن عرف خيانتهم فى وقف معين رد المال إليه وإلا وضعه فى بيت المال نهر وبحر :

وفى التلخيص : لو كفل الحال مؤجلا تأخر عن الأصيل ولو قرضا لأن الدين واحد :

قلت : وقدمنا أنها حيلة تأجيل القرض وسيجىء أن للمديون السفر قبل حلول الدين ، وليس للدائن منعه ولكن يسافر معه فإذا حل منعه ليوفيه . واستحسن أبو يوسف أخذ كفيل شهرا لامرأة طلبت كفيلا بالنفقة لسفر الزوج وعليه الفتوى ، وقاس عليه فى المحيط بقية الديون لكنه مع الفارق كما فى شرح الوهبانية للشرنبلالى ، لكن فى المنظومة المحبية :

(قوله ويلحق بهم الخ) قال السيد الحموى : هذا مما يعلم ويكتم ، ولا تجوز الفتوى به لأنه يكون ذريعة إلى مالا يجوز وذلك لأن حكام زماننا لو أفتوا بهذا وصادروا من ذكر لايردون الأموال إلى الأوقاف وإن علمت أعيانها ولا لبيت المال بل يصرفونها فيما لايليق ذكره فليكن هذا على ذكر منك اه :

قلت : والفاعل لهذا عمر وابن عمر ط (قوله وفى التلخيص الخ) قدمنا عند قوله ولو أبرأ الأصيل أو أخر عنه برىء الكفيل ، ولا ينعكس أن هذا مخالف لما فى كل الكتب ، ولا يجوز العمل به بل يتأخر عن الكفيل فقط دون الأصيل (قوله وقدمنا) أى قبيل فصل القرض ، وذكرنا هناك أيضا ما فيه كفاية (قوله وسيجىء) أى فى فصل الحبس من كتاب القضاء (قوله وليس للدائن منعه الخ) وكذا ليس له أن يطالبه باعطاء الكفيل وإن قرب حلول الأجل كما فى الأقضية . وذكر فى المنتقى يطالبه بإعطاء الكفيل وإن كان الدين مؤجلا ، وتمامه فى التاسع والعشرين من نور العين وفصل فى القنية بأنه إن عرف المديون بالمطل والتسويف يأخذ الكفيل وإلا فلا اه فالأقوال ثلاثة (قوله واستحسن الخ) وفي الظهيرية : قالت زوجى يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلا لايجيبها الحاكم إلى ذلك لأنها لم تجب بعد واستحسن الإمام الثانى أخذ الكفيل رفقا بها وعليه الفتوى ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه اه عند قوله وتصح بالنفس وإن تعددت :

قال فى النهر : وظاهره يفيد أنه يكون كفيلا بنفقتها عند الثانى ما دام غائبا ، ووقع فى كثير من العبارات أنه استحسن أخذ الكفيل بنفقة شهر . وقد قالوا كما فى المجمع : لو كفل لها بنفقة كل شهر لزمته مادام النكاح بينهما عند أبى يوسف وقالا يلزمه نفقة شهر اه وقدم الشارح نحو هذا عن الخانية عند قول المصنف وبما بايعت فلانا فعلى، لكن هذا فيما لو كفل بلا إجبار . والظاهر أن ماوقع فى كثير من العبارات فيما إذا أراد القاضى إجباره على إعطاء كفيل ؛ نعم فى نور العين عن الخلاصة : لو علم القاضى أن الزوج يمكث فى السفر أكثر من شهر يأخذ الكفيل بأكثر من شهر عند أبى يوسف اه (قوله وقاس عليه الخ) فى البحر عن المحيط بعد ما مر عن أبى يوسف : أفتى بقول الثانى في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسنا رفقا بالناس اه : قال : وفى شرح المنظومة لابن الشحنة هذا ترجيح من صاحب المحيط اه ومثله فى النهر (قوله لكنه مع الفارق) عبارة الشرنبلالى فى شرحه : لكن الفرق ظاهر بين نفقة المرأة التى يؤدى تركها إلى هلاكها وبين دين الغريم الذى ليس كذلك اه .

قلت : ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركمانى ، وتعليل الرفق من صاحب المحيط والصدر الشهيد يفيد أنه لافرق بين نفقة المرأة وبين دين الغريم ، وأى رفق فى أن يقال لصاحب الدين سافر معه إلى أن يحل الأجل إذ ربما يصرف فى السفر أكثر من دينه ، فلو أفتى بقول صاحب المحيط وحسام الدين الشهيد والمنتقى والمحبية كان حسنا ، وفيه حفظ لحقوق العباد من الضياع والتلف خصوصا فى هذا الزمان اه ونحوه فى مجموعة السائحانى ، والله يمهل

لو قال مديونى مراده السفر ... وأجل الدين عليه ما استقر
وطلب التكفيل قالوا يلزم ... عليه إعطاء كفيل يعلم
لو حبس الكفيل قالوا جازله ... إذا أراد حبس من قد كفله
لأنه قد كان ذا لأجلـه ... حبس فليجازه بفعلـه
ثم الكفيل إن يمت قبل الأجل ... لاشك أن الدين فى ذا الحال حل
عليه فالوارث إن أداه لم ... يرجع به من قبل ما التأجيل تم

باب كفالة الرجلين

(دين عليهما لآخر) بأن اشتريا منه عبدا بمائة (وكفل كل عن صاحبه) بأمره (جاز ولم يرجع على شريكه إلا بما أداه زائدا على النصف لرجحان) جهة الأصالة على النيابة ، ولأنه لو رجع بنصفه لأدى إلى الدور درر (وإن كفلا عن رجل بشىء بالتعاقب) بأن كان على رجل دين فكفل عنه رجلان

كلام الشارح بقرينة الاستدراك عليه وفى البيرى عن خزانة الفتاوى : يأخذ كفيلا أو رهنا بحقه وإن كان ظاهر المذهب عدمه لكن المصلحة فى هذا لما ظهر من التعنت والجور فى الناس اهـ ثم رأيت المفتى أبا السعود أفتى به فى معروضاته (قوله لو حبس المديون الخ) تقدم هذا فى قول المتن وإذا حبسه له حبسه، وتقدم بيان شروطه ، وقوله حبس بالنصب لأنه تنازع فيه جاز وأراد وأعمل الثانى وأضمر للأول مرفوعه ، ولو أعمل الأول لوجب أن يقال وأراده بإبراز الضمير فافهم (قوله ثم الكفيل الخ) تقدم هذا أيضا عند قول المصنف وإذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الأصيل (قوله من قبل ما التأجيل تم) ما مصدرية . والتأجيل فاعل لفعل محذوف دل عليه المذكور وهو تم فافهم ، والله سبحانه أعلم .

باب كفالة الرجلين

شروع فيما هو كالمركب بعد الفراغ من المفرد ط (قوله بأن اشتريا منه عبدا بمائة) أشار إلى استواء الدينين صفة وسببا ، فلو اختلفا صفة بأن كان ماعليه : أى ما على المؤدى مؤجلا وما على صاحبه حالا فإذا أدى صح تعيينه عن شريكه ، ورجع به عليه وعلى عكسه لا يرجع ، لأن الكفيل إذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول ، ولو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما قرضا وما على الآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين المؤدى ، لأن النية فى الجنسين المختلفين معتبرة ، وفى الجنس الواحد لغو بحر عن الفتح (قوله وكفل كل عن صاحبه) فلو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل فجعله عن صاحبه فإنه يصدق بحر (قوله بأمره) وإلا فلا رجوع بشىء أصلا (قوله زائدا على النصف) المراد أن يكون زائدا على ما عليه ولو كان دون النصف أو أكثر ط (قوله لرجحان جهة الأصالة على النيابة) لأن الأول دين عليه ، والثانى مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المؤدى إلى الأقوى حتى على القول بجعل الدين على الكفيل مع المطالبة فإن ما عليه بالأصالة أقوى ، فإن من اشترى فى مرض موته شيئا كان من كل المال ولو مديونا ، ولو كفل كان من الثلث إلا إذا كان مديونا فلا يجوز أفاده فى الفتح (قوله لأدى إلى الدور) لأنه لو جعل شىء من المؤدى عن صاحبه فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائى ، فإن جعلت شيئا من المؤدى عنى ورجعت على بذلك فلى أن أجعل المؤدى عنك كما لو أديت بنفسى فيفضى إلى الدور كذا فى الكفاية . وذكر فى الفتح أنه ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشىء على ما توقف عليه ، بل اللازم

كل واحد منهما بجميعه منفرد ثم كفل كل) من الكفيلين (عن صاحبه) بأمره بالجميع ، وبهذه القيود خالفت الأولى (فما أدى) أحدهما (رجع بنصفه على شريكه) لكون الكل كفالة هنا (أو) يرجع إن شاء (بالكل على الأصيل) لكونه كفل بالكل بأمره (وإن أبرأ الطالب أحدهما أخذ) الطالب الكفيل (الآخر بكله) بحكم كفالته .

(ولو افترق المفاوضان) وعليهما دين (أخذ الغريم أيا) شاء (منهما بكل الدين) لتضمنها الكفالة كمامر (ولا رجوع) على صاحبه (حتى يؤدى أكثر من النصف) لما مر .

(كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل) من العبدين (عن صاحبه

في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى إليه . وتمامه فيه (قوله كل واحد منهما بجميعه منفردا) قيد بقوله بجميعه للاحتراز عما لو تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل عن صاحبه فهي كالمسألة الأولى في الصحيح فلا يرجع حتى يزيد على النصف ، وبقوله منفردا وهو حال من كل للاحتراز عما لو تكفلا عن الأصيل بجميع الدين معا ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهو كذلك ، لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الأصيل بالجميع كما في البحر . وفي نور العين عن النهاية عن الشافي : ثلاثة كفلوا بألف يطالب كل واحد بثلث الألف ، وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي والمرغيناني والتمرتاشي اهـ (قوله ثم كفل كل من الكفيلين عن صاحبه) قيد به لأنه بدون ذلك لا رجوع لأحدهما على الآخر . وفي الهندية عن المحيط : كفل ثلاثة عن رجل بألف وأدى أحدهم برءوا جميعا ولا يرجع على صاحبيه بشيء ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه رجع المؤدى عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بالألف هذا إذا ظفر : أي المؤدى بالكفيلين ، فإن ظفر بأحدهما رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث ثم رجعوا جميعا على الأصيل بالألف ، وإن ظفر بالأصيل قبل أن يظفر بصاحبه رجع عليه بجميع الألف اهـ (قوله بالجميع) احتراز عما لو تكفل كل عن الأصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فإنه كالأولى كما في البحر (قوله وبهذه القيود) أي كون كفالة كل منهما عن الأصيل بالجميع وكونها على التعاقب وكون كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع أيضا (قوله خالفت الأولى) أي في الحكم وإلا فالموضوع مختلف ، فإن أصل الدين في الأولى عليهما والآخر ، وفي الثانية على غيرهما وقد كفلا به (قوله رجع بنصفه على شريكه) أي ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه بحر (قوله لكون الكل كفالة هنا) أي ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر ، فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة ، بخلاف ما تقدم ، وتمامه في الفتح (قوله أخذ الآخر) ضبطه في النهر بالمد وهو غير متعين . ففي المصباح : أخذه الله أهلكه وأخذه بذنبه عاقبه عليه وآخذه بالمد مؤاخذة كذلك اهـ (قوله بكله) لأن إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل والثاني كفيل عنه بكله فيأخذه بكله نهر (قوله ولو افترق المفاوضان) قيد بالمفاوضين لأن شريكي العنان لو افترقا وثمة دين لم يأخذ الغريم أحدهما إلا بما يخصه نهر (قوله أخذ الغريم) يطلق الغريم على من له الدين ومن عليه كما في ط عن الدستور (قوله لتضمنها الكفالة) ولا تبطل بالافتراق ط عن الإتقاني (قوله كمامر) أي في كتاب الشركة (قوله لما مر) أي في المسألة الأولى من أنه أصيل في النصف وكفيل في الآخر ، فما أدى يصرف إلى ما عليه بحق الأصالة ، فإن زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع نهر (قوله كتابة واحدة) بأن قال كاتبتكما على ألف إلى سنة ، قيد بالواحدة لأنه لو كاتب كلا على حدة فكفل كل منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا اهـ

صح) استحسانا (و) حينئذ (فما أدى أحدهما رجع) على صاحبه (بنصفه) لاستوائهما :

(ولو أعتق) المولى (أحدهما) والمسألة بحالها (صح وأخذ أيا شاء منهما بحصة من لم يعتقه) المعتق بالكفالة والآخر بالأصالة (فإن أخذ المعتق رجع على صاحبه) لكفالته (وإن أخذ الآخر لا) لأصالته .

(وإذا كفل) شخص (عن عبد مالا) موصوفا بكونه (لم يظهر في حق مولاه) بل في حقه بعد عتقه (كمالزمه بإقراره أو استقراض أو استهلاك وديعة فهو) أي المال المذكور (حال وإن لم يسمه) أي الحلول لحلوله على العبد وعدم مطالبته لعسرته ، والكفيل غير معسر ويرجع بعد عتقه لو بأمره ، ولو كفل مؤجلا تأجل كما مر .

(ادعى) شخص (رقبة عبد فكفل به رجل فمات) العبد (المكفول) قبل تسليمه

كفاية (قوله صح استحسانا) والقياس أن لايصح لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها في الكتابة مفسدا . وجه الاستحسان أن هذا عقد يحتمل الصحة بأن يجعل كل واحد في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون منقسما عليهما ولكنا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة وفيما وراء ذلك العبرة للحقيقة كفاية (قوله المعتق) مبني للمجهول والآخر معطوف عليه منصوبان على البدلية من أيا شاء أو مرفوعان بفعل محذوف دل عليه المذكور أو على الابتداء والخبر محذوف أي مؤاخذ (قوله لكفالته) أي يرجع بما أداه عنه من بدل الكتابة لكفالته بأمره ، وجازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لأنها في حالة البقاء وفي الابتداء كان كل المال عليه نهر (قوله لم يظهر في حق مولاه الخ) أفاد أن حكم مايظهر وهو مايؤاخذ به للحال كذلك بالأولى كدين الاستهلاك عيانا ومالزمه بالتجارة بإذن المولى ، وجعله الزيلعي قيدا احترازيا وهو سهو بحر (قوله لزمه بإقراره) أي وكذبه المولى بحر (قوله أو استقراض) أي أو بيع وهو محجور عليه بحر (قوله لحلوله على العبد) لوجود السبب وقبول الذمة بحر (قوله وعدم مطالبته لعسرته) إذ جميع مافي يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين به فتح (قوله والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الأصيل منتف عن الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال ، كما لو كفل عن مفلس أو غائب يلزمه في الحال مع أن الأصيل لايلزمه ، وتمامه في الفتح (قوله ويرجع بعد عتقه) لأن الطالب لايرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه بحر ، وقوله لو بأمره : أي لو كانت الكفالة بأمر العبد . وبقي مالو كفل بدين الاستهلاك المعاين قال في الفتح : ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليمه رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد ، وقوى عندي الثاني لأن الرجوع في الحقيقة على السيد اهـ . قال في النهر : ورأيت مقيدا عندي أن ماقوى عنده هو المذكور في البدائع . قال ط : فلو كانت بأمر العبد لايرجع عليه إلا بعد العتق .

فالحاصل أن ضمان العبد فيما لايؤاخذ به حالا صحيح ، والرجوع عليه بعد العتق ، إن كان بأمره وضمانه فيما يؤاخذ به حالا إن كان بأمر السيد صح ورجع به حالا عليه ، وإن كان بأمر العبد صح ورجع به عليه بعد العتق كذا يؤخذ من كلامهم اهـ (قوله كما مر) أي عند قول المتن ولاينعكس من قوله لعم لوتكفل بالحال مؤجلا تأجل عنهما الخ (قوله فمات العبد) بأن ثبت موته ببرهان ذي اليد أو بتصديق المدعي ، فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل قول ذي اليد أنه مات بل يحبس هو والكفيل فإن طال الحبس ضمن القيمة ، وكذا الوديعة المجحودة نهر عن النهاية

(فبرهن المدعى أنه) كان (له ضمن) الكفيل (قيمته) لجوازها بالأعيان المضمونة كما مر .
(ولو ادعى على عبد مالا فكفل بنفسه) أى بنفس العبد (رجل فمات العبد برئ الكفيل) كما فى الحر ؛
(ولو كفل عبد) غير مديون مستغرق (عن سيده بأمره) جاز لأن الحق له (ف) اذا (عتق فأداه أو كفل سيده عنه بأمره (فأداه) ولو (بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) لانعقادها غير موجبة للرجوع لأن كلا منهما لا يستوجب دينا على الآخر فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك (كما لو كفل رجل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجاز) الكفالة (لم تكن الكفالة موجبة للرجوع) لما قلناه (و) قالوا (فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته ، بإيفاء الدين من سائر أمواله ، وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه) أى الدين (برقبته) وهذا لم يثبته المصنف متنا فى شرحه . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ؛

(قوله فبرهن المدعى) قيد بالبرهان لأنه لو ثبت ملكه بإقرار ذى اليد أو بنكوله لم يضمن شيئا نهر (قوله لجوازها بالأعيان المضمونة) أى بنفسها : وفيها : يجب على ذى اليد رد العين ، فإن هلكت وجب رد القيمة (قوله ولو ادعى على عبد مالا) أى معلوم القدر ، بأن قال أخذ منى كذا بالغصب أو استهلكه ط (قوله برىء الكفيل) أى كما لو كان المكفول بنفسه حرا ؛

قال فى النهر : واعلم أن هاتين المسألتين مكررتان ، أما الأولى فلاستفادتها من قوله فيما مر ومغصوب ، وأما الثانية فلما قدمه من أن الكفالة بالنفس تبطل بموت المطلوب اه . قال فى البحر : لكن ذكر الثانية هنا ليبين الفرق بينها وبين الأولى ، وهو ظاهر لأن المكفول به فى الأولى رقبة العبد وهى مال وهى لا تبطل بهلاك المال بخلاف الثانية (قوله ولو كفل عبد غير مدبون مستغرق الخ) بجر مستغرق بكسر الراء على أنه صفة لمديون ، ونسبة الاستغراق إليه مجاز لأن الدين استغرقه : أى استغرق رقبته وما فى يده أو بفتح الراء ، وقيد به لأنه لو كان عليه دين مستغرق لم تلزمه الكفالة فى رقه فإذا عتق لزمته ، كذا فى كافى الحاكم أى لأن حق الغرماء مقدم وحقهم فى قيمة رقبته يبيعوله بدينهم إن لم يفده سيده وبعد العتق صار الحق فى ذمته . وأما إذا كان دينه غير مستغرق فالظاهر أنه يقدم دين الغرماء والباقى للكفالة ، كما لو كفل عن غير سيده . قال فى الكافى : وكفالة العبد والمدبر وأم الولد عن غير السيد بنفس أو مال بلا إذن السيد باطلة حتى يعتق ، فإذا عتق تلزمه ، وإن أذن سيده جازت إن لم يكن عليه دين ويباع فى دين الكفالة وإن كان عليه دين بدىء بدينه قبل دين الكفالة ويسعى المدبر وأم الولد فى الدين اه (قوله لأن الحق له) أى إذا لم يكن على العبد دين يكون الحق فى ماليته لمولاه فصح إذنه له فى كفالته (قوله فإذا عتق فأداه) نص على المتوهم ، فإنه إذا أداه حال رقه لا يرجع بالأولى ط (قوله بأمره) أى بأمر العبد ، وهذا زاده فى النهر وقال هذا القيد لابد منه اه . ثم رأيته مذكورا فى شرح الجامع لقاضيخان ، ولا يخفى أنه إذا لم يرجع مع الأمر فعدم الرجوع بدونه بالأولى ، ولعل فائدته أنه محل الخلاف الآتى (قوله لانعقادها غير موجبة للرجوع الخ) جواب عن قول زفر بالرجوع لتحقق الموجب له وهو الكفالة بالأمر ، والمانع هو الرق وقد زال كما فى الهداية (قوله بعد ذلك) أى بعد انعقادها غير موجبة للرجوع (قوله كما لو كفل الخ) من تتمة الجواب ، وهذه المسألة تقدمت عند قول المصنف فى باب الكفالة ولو كفل بأمره رجع عليه بما أدى الخ (قوله لما قلناه) أى من قوله لانعقادها غير موجبة الخ (قوله من سائر أمواله) بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عينا إلا أن يسلمه ليباع ، وقد لا يفى ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة يصلون فتح (قوله برقبته) أى فيثبت لهم بيعه إن لم يفده المولى ولذا اشترط أن لا يكون مديونا كما مر وبدون الكفالة ليس لهم ذلك (قوله وهذا) أى قوله فائدة كفالة المولى الخ (قوله فى شرحه) وأثبته شرحا وهو موجود فيما رأيته من نسخ المتن المجردة ط ، والله سبحانه أعلم .

كتاب الحوالة

(هى) لغة النقل وشرعا (نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه) وهل توجب البراءة من الدين المصحح نعم فتح (المديون محيل والدائن محتال ومحتال له ومحال ومحال له)

كتاب الحوالة

كل من الحوالة والكفالة عقد التزام ماعلى الأصيل للتوثق إلا أن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل إبراء مقيدا كما سيجيء ، فكانت كالمركب مع المفرد والثانى مقدم فلزم تأخير الحوالة نهر (قوله هى لغة النقل) أى مطلقا لدين أو عين ، وهى اسم من الإحالة ومنه يقال أحلت زيدا على عمرو ، فاحتال أى قبل وفى المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل ، وهو نقل الشيء من محل إلى محل وتمامه فى الفتح (قوله وشرعا نقل الدين الخ) أى مع المطالبة ، وقيل : نقل المطالبة فقط ونسب الزيلعى الأول إلى أبى يوسف والثانى إلى محمد وجه الأول دلالة الإجماع ، على أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح ، ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح وحكى فى المجمع خلاف محمد فى الثانية ووجه الثانى دلالة الإجماع أيضا ، على أن المحيل إذا قضى دين الطالب قبل أن يؤدى المحتال عليه لايكون متطوعا ، ويجبر على القبول وكذا المحتال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لايرتد بالرد ولو وهبه منه ارتد كما لو أبرأ الطالب الكفيل ، أو وهبه ولو انتقل الدين إلى ذمته لما اختلف حكم الإبراء والهبة ، وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه لم يرجع على المحيل ، وإن كانت بأمره كالكفالة ولو وهبه رجع إن لم يكن للمحيل عليه دين وتمامه فى البحر . وظاهره اتفاق القولين على هذه المسائل ، ثم ذكر مايفيد اتفاق القولين أيضا على عود الدين بالتوى ، وعلى جبر المحال على قبول الدين من المحيل وعلى قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال وعلى أن إبراء المحال المحال عليه لايرتد بالرد وعلى أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح ، وعلى أن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان للمحال عليه أن يرجع على المحيل ، وعلى أنها تفسخ بالفسخ وعلى عدم سقوط حق حبس المبيع فيما إذا أحاله المشترى ، وكذلك لو كان عند المحتال رهن للمحيل لايسقط حق حبسه بخلاف ماإذا كان المحيل هو البائع على المشترى أو المرتهن على الراهن ، فإنه يبطل حبس المبيع والرهن لسقوط المطالبة مع أن هذه المسائل تباين كونها نقلا للدين ، ولكن اعتبرت الحوالة تأجيلا إلى التوى فى بعض الأحكام وجعل النقل للمطالبة وفى بعضها اعتبرت إبراء وجعل النقل للدين أيضا وتمام التوجيه فى البحر . وفى الحامدية عن فتاوى قارى الهداية إذا أحال الطالب إنسانا على مديونه ، وبالدين كفيل برئ المديون من دين المحيل وبرئ كفيله ، ويطالب المحتال الأصيل لا الكفيل ، لأنه لم يضمن له شيئا لكنها براءة موقوفة : وكذا إذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه فى حبس الرهن ولايكون رهنا عند المحتال اهـ وفى هذه المسألة المرتهن هو المحيل وفيما مر هو المحتال ، وعلمت وجه الفرق بينهما ويأتى أيضا ومسألة الكفالة فى البزازية وفيها لو أحال الكفيل الطالب بالمال على رجل برئ الأصيل والكفيل إلا أن يشترط الطالب براءة الكفيل فقط فلايبرأ الأصيل (قوله والدائن محتال ومحتال له الخ) يعنى يطلق عليه هذه الألفاظ الأربعة فى الاصطلاح درر وظاهره أن اللغة بخلافه ولذا قال فى المعراج قولهم للمحتال المحتال له لغو ، لأنه لاحاجة إلى هذه الصلة زاد فى الفتح بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه اهـ .

قلت : ويمكن تصحيح كلامهم وذلك أن الحوالة لغة بمعنى النقل مطلقا كما مر فالمديون يدفع الطالب عن نفسه ويسلطه على غريمه وفى الاصطلاح نقل الدين وهو من أفراد المعنى اللغوى أيضا ، فعلى الأول يقال محتال لاغير

ويزاد خامس وهو حويل فتح (ومن يقبلها محتال عليه ومحال عليه) فالفرق بالصلة وقد تحذف من الأول (والمال محال به و) الحوالة (شرط لصحتها رضا الكل بلا خلاف إلا فى الأول) وهو المحيل فلا يشترط على المختار شرنبلالية عن المواهب بل قال ابن الكمال إنما شرطه القدورى للرجوع عليه فلا اختلاف فى الرواية لكن استظهر الأكمل أن ابتداءها إن من المحيل شرط ضرورة وإلا لا

وعلى الثانى محتال له لاغير ، لأن المحيل بمعنى الناقل ، والمحال عليه بمعنى المنقول عليه الدين والدين منقول والطالب محال له أى منقول لأجله ولو قيل محال بمعنى منقول لم يصح ، لأن المنقول هو الدين على هذا الوجه ، بخلافه على الأول فإن المنقول هو ذات الطالب وبهذا ظهر أن قولهم محتال ومحتال له مبنى على اختلاف المراد فى المنقول هل هو ذات الطالب أو دينه فافهم . نعم يصح على الثانى أن يقال فيه محتال بطريق المجاز أى محتال دينه ، وبه ظهر أنه لا لغو فى كلامهم فاغتنم هذا التقرير (قوله ويزاد خامس وهو حويل) عبارة الفتح ويقال للمحتال حويل أيضا فما ذكره الشارح نقل لعبارة الفتح بالمعنى فافهم ونقل فى البحر عبارة عن تلخيص الجامع فيها إطلاق الحويل على المحال عليه قال الرملى : فلعله يطلق عليهما (قوله فالفرق بالصلة) أى باختلافها وهى اللام فى الأول ، وعلى الثانى وهذا على وجودها فى الأول وقد علمت وجه صحته ، وأما على حذفها المفاد بقوله وقد تحذف فالمراد أن الفرق بالصلة وجودا وعدما كما مر عن الفتح فافهم (قوله والحوالة شرط لصحتها الخ) قال فى النهر وشرط صحتها فى المحيل العقل ، فلا تصح حوالة مجنون وصبى لايعقل والرضا ، فلا تصح حوالة المكره ، وأما البلوغ فشرط للنفاذ فصحة حوالة الصبى العاقل موقوفة على إجازة وليه وليس منها الحرية فتصح حوالة العبد مطلقا غير أن المأذون يطالب للحال والمحجور بعد العتق ولا الصحة فتصح من المريض . وفى المحتال العقل والرضا وأما البلوغ فشرط النفاذ أيضا فانعقد احتيال الصبى موقوفا على إجازة وليه إن كان الثانى أملأ من الأول كاحتيال الوصى بمال اليتيم : ومن شرط صحتها المجلس : قال فى الخانية : والشرط حضرة المحتال فقط حتى لاتصح فى غيبته إلا أن يقبل عنه آخر وأما غيبة المحتال عليه فلا تمنع ، حتى لو أحال عليه فبلغه فأجاز صح وهكذا فى البزازية ولابد فى قبولها من الرضا فلو أكره على قبولها لم تصح وفى المحال به أن يكون دينا لازما فلا تصح ببدل الكتابة كالكفالة اهـ (قوله رضا الكل) أما رضا الأول فلأن ذوى المروءات قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين ، فلابد من رضاه ، وأما رضا المحتال فلأن فيها انتقال حقه إلى ذمة أخرى والذمم متفاوتة وأما رضا الثالث ، وهو المحتال عليه فلأنها إلزام الدين ولا لزوم بلا التزام درر .

قلت : نقل السائحانى عن لقطة البحر إذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضى لها أن تحيل على الزوج بلا رضاه (قوله فلا يشترط على المختار) هو رواية الزيادات قال فيها لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لايتضرر ، بل فيه منفعة لأن المحال عليه لايرجع إذا لم يكن بأمره درر (قوله للرجوع عليه) أى رجوع المحال عليه على المحيل ، أو ليسقط الدين الذى للمحيل على المحال عليه كما فى الزيلعى ، أما بدون الرضا فلا رجوع ولا سقوط وهو محمل رواية الزيادات (قوله لكن استظهر الأكمل الخ) أى فى العناية وهو توفيق آخر بين روايتى الزيادات والقدورى ، لكن لابد فيه من ضميمة التوفيق الأول كما تعرفه (قوله شرط ضرورة) لأنها إحالة وهى فعل اختيارى ولا يتصور بدون الإرادة والرضا وهو محمل رواية القدورى وقوله وإلا لا أى وإن لم يكن ابتداؤها من المحيل بل من المحال عليه تكون احتيالا يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه ، وهو وجه رواية الزيادات عناية لكن لايخفى أنه على الثانى لايثبت للمحال عليه الرجوع بما أدى ولو كان عليه للمحيل دين

وأراد بالرضا القبول فإن قبولها فى مجلس الإيجاب شرط الانعقاد بحر عن البدائع لكن فى الدرر وغيرها الشرط قبول المحتال أو نائبه ورضا الباقين لا حضورهما وأقره المصنف (وتصح فى الدين)

لا يسقط إلا برضا المحيل فرجع إلى التوفيق الأول (قوله وأراد بالرضا القبول) أى الذى هو أحد ركنى العقد فيشترط له المجلس ، لأن شطر العقد لا يتوقف على قبول غائب بل يلغو ، بخلاف الرضا الذى ليس ركن عقد (قوله فإن قبولها الخ) ذكر فى البحر أولا أن من الشروط مجلس الحوالة وقال : وهو شرط الانعقاد فى قولها خلافا لأبى يوسف فإنه شرط النفاذ عنده ، فلو كان المحتال غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لم ينعقد عندهما خلافا له والصحيح قولهما اه ثم قال هنا : وأراد من الرضا القبول فى مجلس الإيجاب لما قدمناه أن قبولها فى مجلس الإيجاب شرط الانعقاد ، وهو مصرح به فى البدائع اه وما ذكره فى البحر أولا هو عبارة البدائع فقوله لما قدمناه أن قبولها الظاهر أن الميم فيه زائدة ، وأن الضمير فيه مفرد عائد للحوالة لأن المتبادر من كلام البدائع أن اشتراط المجلس عندهما إنما هو فى المحتال فقط بقرينة التفريع ويأتى قريبا ما يؤيده اه (قوله لكن فى الدرر وغيرها) أى كالخانية والبزازية والخلاصة وعبارة الخانية الحوالة تعتمد قبول المحتال له ، والمحال عليه ولا تصح فى غيبة المحتال له فى قول أبى حنيفة ومحمد ، كما قلنا فى الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب ، ولا تشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة اه ومراده بالقبول فى قوله تعتمد قبول الخ الرضا الأعم من القبول المشروط له المجلس بقرينة آخر العبارة ، ولم يذكر رضا المحيل بناء على رواية الزيادات أنه غير شرط .

فتلخص من كلامه : أن الشرط قبول المحتال فى المجلس ورضا المحال عليه ولو غائبا وهو ما لخصه فى النهر كما مر وظاهره أن خلاف أبى يوسف فى المحتال فقط فعنده لا تشترط حضرته بل يكفى رضاه كالمحال عليه وأنه لا خلاف فى المحال عليه فى أن حضرته غير شرط ، وبه ظهر أنه لا يصح التوفيق بحمل ما فى الدرر وغيرها على قول أبى يوسف الذى هو خلاف الصحيح ، بل هو محمول على قولهما المصحح فافهم وبما قررناه ظهر أنه لا خلاف فى اشتراط الرضا الأعم ، وأن الخلاف فى قبول المحتال فى المجلس لا فى رضاه ، فلا ينافى ذلك قول المصنف شرط رضا الكل بلا خلاف الخ خلافا لما ظنه فى العزمية (قوله أو نائبه) أى ولو فضوليا وبه عبر فى الدرر قال فى الفتح : فيتوقف أى قبول الفضولى على إجازة المحتال إذا بلغه (قوله ورضا الباقين) كذا فى بعض النسخ بياءين ثانيتهما ياء التثنية وفى عامة النسخ بياء واحدة على أنه جمع أريد به ما فوق الواحد ثم لا يخفى أن اشتراط رضا المحيل مبنى على رواية القدورى : وهى خلاف المختار كما قدمه فالأحسن عبارة الغرر متن الدرر وهى ، وشرط حضور الثانى إلا أن يقبل فضولى له لا حضور الباقيين اه فلم يذكر اشتراط رضاهما فيصدق بكل من الروايتين وقال فى الدرر : أما عدم اشتراط حضور الأول ، وهو المحيل فبأن يقول رجل للدائن لك على فلان بن فلان ألف درهم فاحتل بها على فرضى الدائن فإن الحوالة تصح حتى لا يكون له أن يرجع ، وأما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال عليه فبأن يحيل الدائن على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحة الحوالة كذا فى الخانية اه .

قلت : فلم يذكر فى هذا التصوير رضا المحيل الغائب ، وذكر فى الثانى رضا المحتال عليه الغائب وذلك مبنى على رواية الزيادات المختارة كما مر (قوله وتصح فى الدين) الشرط كون الدين للمحتال على المحيل وإلا فهى وكالة لا حوالة ، وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط أفاده فى البحر ، وفيه عن المحيط ولو أحال المحال عليه المحتال على آخر جاز وبرئ الأول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل اه فدخل فى الدين دين الحوالة كما دخل دين الكفالة فإن الكفيل لو أحال الطالب جاز كما يأتى وفى البزازية كل دين جازت به الكفالة جازت به الحوالة وفى

المعلوم (لا فى العين) زاد فى الجوهرة ولا فى الحقوق انتهى وبه عرف أن حوالة الغازى بحقه من غنيمة محرزة

الهندية مالا تجوز به الكفالة لا تجوز به الحوالة (قوله المعلوم) فلو احتال بمال مجهول على نفسه بأن قال: احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال ولا تصح الحوالة أيضا بهذا اللفظ بحر عن البزازية (قوله لا فى العين) لأن النقل الذى تضمنته نقل شرعى وهو لا يتصور فى الأعيان بل المتصور فيها النقل الحسى فكانت نقلا للوصف الشرعى وهو الدين فتح قال فى الشرنبلالية : يرد عليه ما سيذكره من أنها تصح بالدراهم الوديعة إذ ليس فيها نقل الدين وكذا الغصب على القول بأن الواجب فيه رد العين والقيمة مخلص ودفع الإيراد بأن الحوالة بالوديعة وكالة حقيقة اهـ.

قلت : فيه نظر لما سيأتى فى الحوالة المقيدة بوديعة ونحوها أنه لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ، ولا المحتال عليه دفعها للمحيل ولا يخفى أن الوكالة حقيقة تنافى ذلك فالصواب فى دفع الإيراد أن النقل موجود ، لأن المديون إذا أحال الدائن على المودع فقد انتقل الدين عن المديون إلى المودع وصار المودع مطالبا بالدين كأنه فى ذمته فكانت حوالة بالدين لا بالعين . نعم لو أحال المودع رب الوديعة بها على آخر كانت حوالة بالعين فلا تصح :

مطلب فى حوالة الغازى وحوالة المستحق من الوقف

(قوله وبه عرف أن حوالة الغازى) مصدر مضاف لفاعله أى إحالته غيره على الإمام وعبارة النهر وبه عرف أن الحوالة على الإمام من الغازى الخ ، ولا يخفى أن ما ذكره غير ما نحن فيه إذ كلام المصنف فى بيان المكفول به فذكر أنه المال لا العين ولا الحقوق ، فإذا استدان الغازى دينا من زيد ثم أحاله به على الإمام صحت الحوالة سواء قيدها بأن يعطيه الإمام من حقه من الغنيمة المحرزة أولا لأن المحال عليه لا يشترط أن يكون عليه للمحيل دين أو عين من وديعة أو غيرها ولأن المحال به دين صحيح معلوم ، فالقول بعدم صحتها ليس له وجه صحة أصلا ، وهكذا يقال فى المستحق إذا استدان ثم أحال الدائن على الناظر ، سواء قيد الحوالة بمعلومه الذى فى يد الناظر أولا ، فهى أيضا من الحوالة بالدين لا بالحقوق نعم لو أحال الإمام الغازى أو أحال الناظر المستحق على آخر كان مظنة أن يقال إنها من الحواله بالحقوق لأن الغنيمة إذا أحرزت بدارنا يتأكد فيها حق الغانمين ولا تملك إلا بالقسمة ولا يقال : إن الوارث إذا مات بعد الإحراز قبل القسمة يورث نصيبه فيقتضى الملك قبل القسمة لأنا نقول إن الحق المتأكد يورث كحق حبس الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة ، وخيار الشرط كما قدمناه عن الفتح فى باب المغنم وقسمته وكذا يقال فى غلة الوقف ، فإن نصيب المستحق يورث عنه إذا مات قبل القسمة بعد ظهور غلة الوقف فى وقف الذرية أو بعد عمل صاحب الوظيفة كما قدمناه هناك ، ومقتضى هذا أن لا تصح هذه الحوالة لأن كلا من الغازى والمستحق لم يثبت له دين فى ذمة الإمام والناظر نعم تكون وكالة بالقبض من المحال عليه كما يأتى فى قول المصنف وإن قال المحيل للمحتال وهذا يقع كثيرا ، فإن الناظر يحيل المستحق على مستأجر عقار الوقف ، وقد أفتى فى الحامدية بأنه لو مات الناظر قبل أخذ المحتال ، فللناظر الثانى أخذه لكن ذكرنا فى باب المغنم ، أن غلة الوقف بعد ظهورها يتأكد فيها حق المستحقين ، فتورث عنهم وأما بعد قبض الناظر لها ، فينبغى أن تصير ملكا لهم للشركة الخاصة ، بخلاف المغنم فإنه لا يملك إلا بعد القسمة ، حتى لو أعتق أحد الغانمين حصته من أمة لا تعتق للشركة العامة إلا إذا قسمت الغنيمة على الرايات فيصح للشركة الخاصة وعلى هذا فإذا صارت الغلة فى يد الناظر صارت أمانة عنده ملكا للمستحقين لهم مطالبته بها ويحبس إذا امتنع من أدائها ويضمنها إذا

لاتصح وكذا حوالة المستحق بمعلومه فى الوقف على الناظر نهر ثم قال بعد ورقتين ، وهذا فى الحوالة المطلقة ظاهر وأما المقيدة ففى البحر أن مال الوقف فى يد الناظر ينبغى أن يصح كالإحالة على المودع وإلا لا لأنها مطالبة انتهى ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة وعندى فيه تردد وبرئ المحيل من الدين والمطالبة جميعا (بالقبول) من المحتال للحوالة (ولا يرجع المحتال على المحيل

استهلكها أو هلكت بعد الطلب فإذا أحال الناظر بعض المستحقين على آخر لا يصح لأنها حوالة بالعين لا بالدين إلا إذا كان الناظر استهلكها أو خلطها بماله فتصير دينا بذمته فتصح الحوالة لأنها حوالة بالدين لا بالعين ولا بالحقوق ، فقد ظهر أن هذه الحوالة لا تكون من الحوالة بالحقوق أصلا سواء كان الغازى أو الناظر محيلا أو محتالا وسواء كانت الحولة مطلقة أو مقيدة وأن ما ذكره الشارح عن النهر غير محرر فافهم وتدبر واغنم تحرير هذا المقام فإنه من فيض ذى الجلال والإكرام (قوله لا تصح) قد علمت أنه لا وجه له (قوله وهذا فى الحوالة المطلقة ظاهر) لتصريحهم باختصاصها بالديون لابتنائها على النقل نهر .

قلت : وهذه حوالة بالدين وإن كانت مطلقة بل الصحة فيها أظهر من عدمها لأن الحوالة المطلقة على ما يأتى أن لايقيد المحيل بدين له على المحال عليه ، ولا بعين له فى يده فإذا أحال المستحق غريمه بدينه على الناظر حوالة مطلقة فلا شك فى صحتها (قوله ينبغى أن تصح) لما علمت من أن مال الوقف فى يده أمانة ، ولكن إذا صحت لاتكون من الحوالة بالحقوق ، لأن المستحق إنما أحال دائنه بدين صحيح بل هى حوالة بالدين مقيدة بما عند المحال عليه وهو الناظر (قوله كالإحالة على المودع) بجامع أن كلامنهما أمين ولا دين عليه ط (قوله لأنها مطالبة) أى لأن الحوالة تثبت المطالبة ولا مطالبة على الناظر فيما لم يصل إليه من مال الوقف الذى قيدت الحوالة به (قوله انتهى) أى كلام البحر ، وقوله : ومقتضاه الخ من كلام النهر أيضا فافهم (قوله وعندى فيه تردد) نقله الحموى وأقره ويؤيد الصحة ما ذكروه فى المغنم أنه يورث عنه لتأكد ملكه فيه ، وقد وجد الجامع للقياس فيها وفى الوديعة ط (قوله وبرئ المحيل من الدين الخ) أى براءة مؤقتة بعدم التوى وفائدة براءته أنه لو مات لا يأخذ المحتال الدين من تركته ، ولكنه يأخذ كفيلا من ورثته أو من الغرماء مخافة أن يتوى حقه كذا فى شرح المجمع ط ومقتضى البراءة أن المشترى لو أحال البائع على آخر بالثمن لا يحبس المبيع ، وكذا لو أحال الراهن المرتهن بالدين لا يحبس الرهن ولو أحالها بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس أى أحالة البائع غريمه على المشترى بالثمن أو المرتهن غريمه على الراهن أو المرأة على الزوج والمذكور فى الزيادات عكس هذا ، وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا سقط حقهما فى الحبس ، ولو أحيلا لم يسقط وتمامه فى البحر .

قلت : ووجهه ظاهر وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا غريما لهما على المشترى أو الراهن سقطت مطالبتهما فيسقط حقهما فى الحبس ، بخلاف ما لو أحيلا فإن مطالبتهما باقية كما أو ضحه الزيلعى .

قال فى البحر : وفى قوله برئ المحيل إشارة إلى براءة كفيله فإذا أحال الأصيل الطالب برئ كذا فى المحيط اه وقوله : والمطالبة جميعا دخل فيه ما لو أحال المكفول له ونص على براءته فإنه يبرأ عن المطالبة وإن أطلق الحوالة برئ الأصيل أيضا نهر وفى حاشية البحر للرملى يؤخذ من براءة المحيل أن الكفيل لو أحال المكفول له على المديون بالدين المكفول به وقبله برئ وهى واقعة الفتوى اه وأطال فى الاستشهاد له (قوله بالقبول من المحتال) اقتصر عليه تبعا للبحر وزاد فى النهر والمحتال عليه وهو مخالف لما قدمه من أن الشرط قبول المحتال أو نائبه ورضا الباقيين وأفاد أنه لايلزم قبض المحتال فى المجلس إلا إذا كان صرفا بأن كان دينه ذهبا فأحال عنه بفضة جاز إن قبل الغريم ناقدا فى مجلس المحيل والمحتال وتمامه فى البحر عن تلخيص الجامع (قوله ولا يرجع المحتال على المحيل الخ) هذا

إلا بالتوى) بالقصر ويمد هلاك المال لأن براءته مقيدة بسلامة حقه وقيده فى البحر بأن لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا (وهو) بأحد أمرين (أن يجحد) المحال عليه (الحوالة ويحلف ولا بينة له) أى لمحتال ومحيل (أو يموت) المحال عليه (مفلسا) بغير عين ودين وكفيل

إذا لم يشترط الخيار للمحال أو لم يفسخها المحيل والمحتال أما إذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح بزازية ، وكذا إذا فسخت رجع المحتال على المحيل بدينه ، ولذا قال فى البدائع إن حكمها ينتهى بفسخها وبالتوى وفى البزازية ، والمحيل والمحتال يملكان النقض فيبرأ المحتال عليه . وفى الذخيرة إذا أحال المديون الطالب على رجل بألف أو بجميع حقه وقبل منه ، ثم أحاله أيضا بجميع حقه على آخر ، وقبل منه صار الثانى نقضا للأول وبرئ الأول اه بحر :

قلت : وكذا تبطل لو أحال البائع على المشترى بالثمن ، ثم استحق المبيع أو ظهر أنه حر لا لو رد بعيب ولو بقضاء وكذلك لو مات العبد قبل القبض وإذا مات المحال عليه مديونا قسم ماله بين الغرماء وبين المحال بالحصص وما بقى له يرجع به على المحيل وإن مات المحيل مديونا فما قبض المحتال فى حياته فهو له وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء اه ملخصا من كافى الحاكم (قوله إلا بالتوى) وزان حصى وقد يمد مصباح يقال توى المال بالكسر يتوى توى وأتواه غيره بحر عن الصحاح (قوله هلاك المال) هذا معناه اللغوى ومعناه الاصطلاحى ماذكره المصنف بحر (قوله لأن براءته) اى براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حقه أى حق المحتال ، واختلفت المشايخ فى كيفية عود الدين فقيل بفسخ الحوالة أى يفسخها المحتال كالمشترى إذا وجد بالمبيع عيبا ، وقيل تنفسخ كالمبيع إذا هلك قبل القبض ، وقيل فى الموت تنفسخ وفى الجحود لا تنفسخ ولم أر أن فسخ المحتال ، هل يحتاج إلى الترافع عند القاضى ، وظاهر التشبيه بالمشترى إذا وجد عيبا أنه يحتاج نعم على أنها تنفسخ لا يحتاج فتدبره نهر ؛

قلت : المشترى يستقل بالفسخ بخيار العيب بدون الترافع عند القاضى وإنما الترافع شرط لرد البائع على بائعه بذلك العيب (قوله وقيده فى البحر الخ) وقال لما فى الذخيرة : رجل أحال رجلا له عليه دين على رجل ، ثم إن المحتال عليه أحاله على الذى عليه الأصل برىء المحتال عليه الأول فإن توى المال على الذى عليه الأصل لا يعود إلى المحتال عليه الأول اه (قوله وبأحد أمرين الخ) الضمير راجع للتوى وهذا فى الحوالة المطلقة أما المقيدة بوديعة فيثبت له الرجوع بهلاكها كما يأتى (قوله أى لمحتال ومحيل) فقوله له أى لكل منهما كما فى الفتح (قوله مفلسا) بالتخفيف يقال أفلس الرجل إذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر اه كفاية ونهر عن طلبة الطلبة للعلامة عمر النسفى (قوله بغير عين) الأوضح أن يقول بأن لم يترك عينا الخ أي عينا تفى بالمحال به وكذا يقال فى الدين ، ولا بد فى الكفيل أن يكون كفيلا بجميعه فلو كفل البعض فقد توى الباقى كما لا يخفى ط ، وكذا لو ترك ما يفى بالبعض فقد توى الباقى وكذا لو مات مديونا وقسم ماله بالحصص كما قدمناه آنفا (قوله ودين) المراد به ما يمكن أن يثبت فى الذمة بقرينة مقابلته بالعين، فيشمل النقود والمكيل والموزون وفى الهندية عن المحيط لو كان القاضى يعلم أن للميت دينا على مفلس ، فعلى قول الإمام لا يقضى ببطلان الحوالة اه أى لأن الإفلاس ليس بتوى عنده لا حتمال أن يحدث له مال ، فيكون المحال عليه قد ترك مالا حكما وهو ما على مديونه المفلس (قوله وكفيل) فوجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما فى الزيادات وفى الخلاصة لا يمنع بحر وتبعه فى المنح لكنى لم أر فى الخلاصة ما عزاه إليها ، بل اقتصر فيها على نقل عبارة الزيادات ثم قال فيها ولو مات المحتال عليه ولم يترك شيئا وقد أعطى كفيلا بالمال ثم أبرأ صاحب المال الكفيل منه له أن يرجع على الأصيل اه وهذه مسألة أخرى

وقالا بهما وبأن فلسه الحاكم (ولو اختلفا فيه) أى فى موته مفلسا وكذا فى موته قبل الأداء أو بعده (فالقول للمحتال مع يمينه على العلم) لتمسكه بالأصل وهو العسرة زيلعى وقيل القول للمحيل بيمينه فتح (طالب المحتال عليه المحيل بما) أى بمثل ما (أحال) به مدعيا قضاء دينه بأمره (فقال المحيل) إنما (أحلت بدين) ثابت (لى عليك) لم يقبل قوله بل (ضمن) المحيل (مثل الدين) للمحتال عليه لإنكاره وقبول الحوالة ليس إقرارا بالدين لصحتها بدونه (وإن قال المحيل للمحتال أحلتك) على فلان بمعنى وكلتك (لتقبضه لى فقال المحتال) بل (أحلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل) لأنه منكر ولفظ الحوالة يستعمل فى الوكالة

وقد جزم فى الفتح وغيره بما فى الزيادات بلا حكاية خلاف .

[تنبيه] فى البحر عن البزازية وإن لم يكن به كفيل ، ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن اه وفى حكم التبرع بالرهن مالو استعار المطلوب شيئا ورهنه عند الطالب ثم مات مفلسا شرنبلالية عن الخانية (قوله وقالا بهما) أى بالجحد والموت مفلسا (قوله وبان فلسه الحاكم) أى فى حياته يقال فلسه القاضى إذا قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله كفاية عن الطلبة ، وهذا بناء على أن تفليس القاضى يصح عندهما ، وعنده لا يصح لأنه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضى على المحيل فتح وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل ، بخلاف موته مفلسا لخراب الذمة ، فيثبت الفتوى وتمامه فى الكفاية وظاهر كلامهم متونا وشروحا تصحيح قول الإمام ، ونقل تصحيح العلامة قاسم ولم أر من صحح قولهما نعم صححوه فى صحة الحجر على السفيه صيانة لما له كما سيأتى فى بابه (قوله ولو اختلفا فيه) بأن قال المحتال مات المحتال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة بزازية (قوله وكذا فى موته قبل الأداء أو بعده) الأولى وبعده بالواو كما فى بعض النسخ ،لأن الاختلاف فيهما لا فى أحدهما (قوله على العلم) أى نفى العلم بأن يحلف أنه لا يعلم يساره ط وهذا فى مسألة المتن أما فى الاختلاف فى الموت قبل الأداء أو بعد فإنه يحلف على البتات لكونه على فعل نفسه وهو القبض أفاده ح (قوله وهو العسرة) أى فى المسألة الأولى وعدم الأداء فى الثانية (قوله وقيل القول للمحيل بيمينه) لإنكاره عود الدين فتح (قوله طالب المحتال عليه المحيل الخ) أى بعدما دفع المحال به إلى المحتال ولو حكما بأن وهبه المحتال من المحال عليه ، لأنه قبل الدفع إليه لا يطالبه إلا إذا طولب،ولا يلازمه إلا إذا لو زم وتمامه فى البحر (قوله بأمره) قيد به لأنه لو قضاه بغير أمره يكون متبرعا ولو لم يدع المحيل ما ذكر ط (قوله مثل الدين) إنما لم يقل بما أداه ، لأنه لو كان المحال به دراهم فأدى دنانير أو عكسه صرفا رجع بالمحال به وكذا إذا أعطاه عرضا وإن أعطاه زيوفا بدل الجياد رجع بالجياد وكذا لو صالحه بشىء رجع بالمحال به إلا إذا صالحه عن جنس الدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين، فإنه يرجع بما أدى إلا إذا أدى أجود أو جلسا آخر بحر (قوله لإنكاره) قال فى البحر لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر اه (قوله فقال المحتال) فيه إيماء إلى أنه حاضر فلو كان غائبا وأراد المحيل قبض ما على المحال عليه قائلا إنما وكلته بقبضه قال أبو يوسف لا أصدقه ،ولا أقبل بينته وقال محمد يقبل قوله كما فى الخانية ولو ادعى المحال أن المحال به ثمن متاع كان المحيل وكيلا فى بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضا نهر (قوله فالقول للمحيل) فيؤمر المحتال برد ما أخذه إلى المحيل لأن المحيل ينكر أن عليه شيئا والقول للمنكر ولا تكون الحوالة إقرارا من المحيل بالدين للمحتال على المحيل، لأنها مستعملة للوكالة أيضا ابن كمال (قوله يستعمل فى الوكالة) أى مجازا ومنه قول محمد إذا امتنع المضارب عن تقاضى الدين لعدم الربح يقال له أحل رب

(أحاله بماله عندزيد) حال كونه (وديعة) بأن أودع رجلا ألفا ثم أحال بها غريمه (صحت فإن هلكت) الوديعة (برئ) المودع وعاد الدين على المحيل لأن الحوالة مقيدة بها بخلاف المقيدة بالمغصوب فإنه لا يبرأ لأن مثله يخلفه وتصح أيضا بدين خاص فصارت الحوالة المقيدة ثلاثة أقسام وحكمها أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعها للمحيل مع أن المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته

الدين أى وكله نهر ولكن لما كان فيه نوع مخالفة للظاهر صدق مع يمينه كما فى المنح .

وأفاد فى البحر عن السراج أن المحيل لا يملك إبطال هذه الحوالة لأنها صحت محتملة أن تكون بمال هو دين عليه وأن تكون توكيلا فلا يجوز إبطالها بالاحتمال اهـ (قوله بماله) الأظهر أن ما موصولة أو موصوفة واللام جارة ويحتمل أنها كلمة واحدة مجرورة بكسرة اللام (قوله وديعة) المراد بها الأمانة كما عبر به فى الفتح وغيره قال ط : فيعم العارية والموهوب إذا تراضيا على رده أو قضى القاضى به والعين المستأجرة إذا انقضت مدة الإجارة (قوله صحت) لأنه أقدر على القضاء لتيسر مايقضى به وحضوره بخلاف الدين فتح (قوله فإن هلكت الوديعة) قيد بهلاك الوديعة لأن الحوالة لو كانت مقيدة بدين ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه بحر ويأتى بعضه (قوله برئ المودع) ويثبت الهلاك بقوله نهر واستحقاق الوديعة مبطل للحوالة كهلاكها كما فى الخانية ولو لم يعط المحال عليه الوديعة وإنما قضى من ماله كان متطوعا قياسا لا استحسانا كذا فى المحيط وفى التتارخانية لو وهب المحتال الوديعة من المحال عليه صح التمليك لأنه لما كان له حق أن يتملكها كان له حق أن يملكها بحر (قوله وعاد الدين على المحيل) لأنه توى حقه وأما ما سبق من أن التوى بوجهين عنده وثلاثة أوجه عندهما ففى الحوالة المطلقة فلا يرد شىء بهذا الوجه الرابع يعقوبية (قوله لأن مثله يخلفه) أراد بالمثل البدل ليشمل القيمى .

قال فى الفتح : فإذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب على الغاصب رد العين فإن عجز رد المثل أو القيمة فإذا هلك فى يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لأن له خلفا والفوات إلى خلف كلا فوات ، فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال اهـ فلو استحق المغصوب بطلت لعدم ما يخلفه كما فى الدرر (قوله وتصح أيضا بدين خاص) بأن يحيله بدينه الذى له على فلان المحال عليه فتح وفى الخلاصة عن التجريد لو كان للمحيل على المحتال عليه دين فأحال به مطلقا ولم يشترط فى الحوالة أن يعطيه مما عليه فالحوالة جائزة ودين المحيل بحاله وله أن يطالبه به اهـ ومثله فى البزازية ومقتضاه أنها لا تكون مقيدة ما لم ينص على الدين (قوله ثلاثة أقسام) أى مقيدة بعين أمانة أو مغصوبة أو بدين خاص (قوله وحكمها الخ) أى حكم المقيدة فى هذه الأقسام الثلاثة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ، ولا بذلك الدين ، لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به ، وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب ، لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما إذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لأنه يستحقه فتح (قوله مع أن المحتال الخ) يعنى أن هذه الأموال إذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغى أن لا يكون المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته كما فى الرهن مع أنه أسوة لهم ، لأن العين التى بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لأن الحوالة ما وضعت للتمليك ، بل للنقل فيكون بين الغرماء ، وأما المرتهن فملك المرهون يدا وحبسا ، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه اهـ درر.

قال فى البحر : وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذى كان عليه ولو مات المحيل ، وله ورثة لا غرماء استظهر فى البحر ، وأقره من بعده أن الدين المحال به

بخلاف الحوالة المطلقة كما بسطه خسرو وغيره .

(باع بشرط أن يحيل على المشترى بالثمن غريما له) أى للبائع (بطل ولو باع بشرط أن يحال بالثمن صح) لأنه شرط ملائم كشرط الجودة بخلاف الأول .

قبل قبض المحتال يقسم بين الورثة بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته اه وحينئذ فيتبع المحتال التركة ط .

[تنبيه] ماذكر من القسمة وكون المحتال أسوة الغرماء فى الحوالة المقيدة يعلم منه بالأولى أن الحوالة المطلقة كذلك لما صرح به فى الخلاصةوالبزازية ، وصرح فى الحاوى ببطلان الحوالة بموت المحال عليه ،وقدمنا عن الكافى أن مابقى للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل ، وأنه لو مات المحيل مديونا فما قبضه المحتال فهو له ومابقى يقسم بينه وبين الغرماء (قوله بخلاف الحوالة المطلقة) أى فيملك المحيل المطالبة قال فى الفتح : هذا متصل بقوله لايملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين ، والمطلقة هى أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالألف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذى عليه ، فلو له عنده وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالبه به لأنه لاتعلق للمحتال بذلك الدين أو العين لوقعها مطلقة عنه ، بل بذمة المحتال عليه وفى الذمة سعة فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لاتبطل الحوالة ، ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شىء وقال فى الجوهرة : والفرق بين المطلقة والمقيدة أنه فى المقيدة انقطعت مطالبة المحيل من المحال عليه ، فإن بطل الدين فى المقيدة وتبين براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة بطلت ، مثل أن يحيل البائع رجلا على المشترى بالثمن ،ثم استحق المبيع أو ظهر حرا فتبطل وللمحال الرجوع على المحيل بدينه ، وكذا لو قيد بوديعة ، فهلكت عند المودع ، وأما إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر عارض ولم تتبين براءة الأصيل منه ، فلا تبطل مثل أن يحتال بألف من ثمن مبيع ، فهلك المبيع عنده قبل تسليمه للمشترى سقط الثمن عن المشترى ، ولا تبطل الحوالة ولكنه إذا أدى رجع على المحيل بماأدى لأنه قضى دينه بأمره ، وأما إذا كانت مطلقة فإنها لاتبطل بحال من الأحوال ، ولا تنقطع فيها مطالبة المحيل عن المحال عليه إلى أن يؤدى فإذا أدى سقط ماعليه قصاصا،ولو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل لاتبطل أيضا ولو أن المحال أبرأ المحال عليه من الدين صح ، وإن لم يقبل المحال عليه ، ولا يرجع المحال عليه على المحيل بشىء لأن البراءة إسقاط لا تمليك وإن وهبه له احتاج إلى القبول ،وله أن يرجع على المحيل لأنه ملك مافى ذمته بالهبة فصار كما لو ملكه بالأداء وكذا لو مات المحيل فورثه المحال عليه له أن يرجع على المحيل لأنه ملكه بالإرث ، وتمام الكلام فيها قال فى البحر وقد وقعت حادثة الفتوى فى المديون إذا باع شيئا من دائنه بمثل الدين ، ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل يصح أم لا : فأجبت إذا وقع بنظيره صحت لأنها لم تقيد بالثمن ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه وإن وقعت بالثمن فهى مقيدة بالدين ، وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء وقدمنا أن الدين إذا استحق للغير فإنها تبطل والله سبحانه وتعالى أعلم اه أى لأن الدين لم يسقط بأمر عارض بعد الحوالة بل تبين براءة المحال عليه منه بأمر سابق (قوله بطل) أى البيع أى فسد لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع للبائع درر ، أى وبطلت الحوالة التى فى ضمنه ط قلت ووجه النفع أن فيه دفع مطالبة غريمه لهوتسليطه على المشترى (قوله لأنه شرط ملائم) لأنه يؤكد موجب العقد إذ الحوالة فى العادة تكون على الملىء والأحسن قضاء فصار كشرط الجودة درر .

قلت : وحاصله أن فى هذا الشرط تعجيل اقتضائه الثمن فى زعم البائع (قوله بخلاف الأول) لأن المطلوب

(أدى المال فى الحوالة الفاسدة فهو بالخيار إن شاء رجع على) المحتال (القابض وإن شاء رجع على المحيل) وكذا فى كل موضع ورد الاستحقاق بزازية وفيها ومن صور فساد الحوالة مالو شرط فيها الإعطاء من ثمن دار المحيل مثلا لعجزه عن الوفاء بالملتزم نعم لو أجاز جاز كما لو قبلها المحتال عليه بشرط الإعطاء من ثمن داره ولكن لا يجبر على البيع ولو باع يجبر على الأداء (ولا يصح تأجيل عقدها) فلو قال ضمنت بمالك على فلان على أن أحيلك به على فلان إلى شهر انصرف التأجيل إلى الدين لأنه لا يصح تأجيل عقد الحوالة بحر عن المحيط

بالثمن قبل الحوالة وبعدها واحد وهو المشترى (قوله فى الحوالة القاسدة) كالصور الآتية (قوله فهو) أى المؤدى وهو المحال عليه (قوله وكذا فى كل موضع ورد الاستحقاق) أى استحقاق المبيع الذى أحيل بثمنه قال فى الخلاصة والبزازية : وعلى هذا إذا باع الآجر المستأجر ، وأحال المستأجر على المشترى ، ثم استحق المبيع من يد المشترى وهو قد أدى الثمن إلى المستأجر إن شاء رجع بالثمن على المؤجر المحيل وإن شاء رجع على المستأجر القابض اهـ ه (قوله ما لو شرط فيها الأعطاء الخ) صادق بما إذا وقع الشرط بين المحيل والمحال أو بين الثلاثة عليه فافهم وهى من قسم الحوالة المقيدة (قوله مثلا) أدخل به الأجنبى للعلة المذكورة ط (قوله لعجزه عن الوفاء) علة للفساد لأنه شرط غير ملائم (قوله نعم لو أجاز) أى المحيل بيع داره بأن أمره بالبيع فحينئذ يصح لوجود القدرة على البيع والأداء كما فى الدرر وقد ذكر فى البزازية المسألة بدون هذا الاستدراك ثم قال بعد نحو صفحة مانصه ، وفى الظهيرية احتال على أن يؤديه من ثمن دار المحيل ، وقد كان أمره بذلك حتى جازت الحوالة لا يجبر المحتال عليه على الأداء قبل البيع ويجبر على البيع إن كان البيع مشروطا فى الحوالة كما فى الرهن وإنما أعدنا المسألة لأنه توفيق بين الروايات المختلفة اهـ ومفاده أنه يجبر فى بعض الروايات وفى بعضها لا يجبر والتوفيق أنه إن قبل المحال عليه الحوالة من المحيل بشرط بيع دار المحيل ، ليؤدى المال من ثمنها صحت الحوالة والشرط كما لو شرط المرتهن بيع الرهن إذا لم يؤد الراهن المال فإنه يصح ولا يملك الرجوع عن ذلك (قوله كما لو قبلها الخ) وجه الجواز أن المحال عليه قادر على الوفاء بما التزم (قوله ولكن لا يجبر على البيع) لعدم وجوب الأداء قبل البيع درر :

. وعبارة البزازية أولا يجبر على بيع داره كما إذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الإعطاء قبل الأجل اهـ (قوله ولو باع يجبر على الأداء) لتحقق الوجوب درر (قوله على أن أحيلك به على فلان) فإن أحاله وقبل جاز وإن لم يقبل برىء الكفيل عن الضمان ، وإن لم يقبل فلان فالكفيل على ضمانه ، وإن مات فلان لم يطالب بالمال حتى يمضى شهر هذا حاصل مافى البحر عن المحيط ووجه قوله لم يطالب الخ أنه بموت فلان لم تبق الحوالة ممكنة ، وقد رضى الطالب بتأخير المطالبة إلى شهر فبقى الأجل للكفيل ، فلا يطالب قبله وكذا يقال فيما إذا لم يقبل فلان هذا ما ظهر لى :

مطلب فى تأجيل الحوالة

(قوله انصرف التأجيل إلى الدين الخ) أى فلا يطالب فلان إلا بعد الشهر ولو انصرف التأجيل إلى العقد يصير المعنى على أن أحيلك حوالة مقيدة بشهر ، وذلك لا يصح لأنه ينافى انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه تأمل ه

[تنبيه] قال فى الفتح تنقسم الحوالة المطلقة إلى حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بألف هى على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لأن الحوالة لتحويل الدين فيتحول بصفته التى على الأصيل والمؤجلة أن تكون الألف إلى سنه فاحال بها إلى سنة ولو أبهمها لم يذكره محمد وقالوا ينبغى أن تثبت مؤجلة كما فى الكفالة فلو مات

(وكرهت السفتجة) بضم السين وتفتح وفتح التاء وهى إقراض لسقوط خطر الطريق فكأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فكان فى معنى الحوالة وقالوا إذا لم تكن المنفعة مشروطة ولا متعارفة فلا بأس :

[فرع] فى النهر والبحر عن صرف البزازية ولو أن المستقرض وهب منه الزائد لم يجز لأنه مشاع يحتمل القسمة (ولو توكل المحيل على المحتال بقبض دين الحوالة

المحيل بقى الأجل لا لو مات المحال عليه لاستغنائه عن الأجل بموته فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله لأن الأجل سقط حكما للحوالة ، وقد انتقضت بالتوى فينتقض ما فى ضمنها كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل اه ملخصا وقدمنا قريبا عن البزازية لو قبلها إلى الحصاد لا يجبر على الإعطاء قبله فأفاد صحة التأجيل مع الجهالة القريبة وقدمنا التصريح به فى كتاب الكفالة وشمل التأجيل القرض فيصح هنا ففى كافى الحاكم ما حاصله لو كان لزيد على عمرو ألف قرض ولعمرو على بكر ألف قرض فأحال عمرو زيدا بالألف على بكر إلى سنة جاز وليس لعمرو أن يأخذ بكرا بها وإن أبرأه منها أو وهبها له لم يجز اه :

مطلب فى السفتجة وهى البوليصة

(قوله وكرهت السفتجة) واحد السفاتج فارسى معرب أصله سفته وهو الشىء المحكم سمى هذا القرض به لاحكام أمره كما فى الفتح وغيره (قوله بضم السين) أى وسكون الفاء كما فى ط عن الوالى (قوله وهى إقراض الخ) وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالا قرضا ليدفعه إلى صديقه ، وإنما يدفعه قرضا لا أمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هى أن يقرض إنسانا ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق كفاية (قوله فكأنه أحال الخ) بيان لمناسبة المسألة بكتاب الحوالة اه ح وفى نظم الكنز لابن الفصيح :

وكرهت سفاتج الطريق وهى إحالة على التحقيق

قال شارحه المقدسى لأنه يحيل صديقه عليه أو من يكتب إليه (قوله وقالوا الخ) قال فى النهر : وإطلاق المصنف يفيد إناطة(١) الكراهة بجر النفع سواء كان ذلك مشروطا أو لا قال الزيلعى وقيل إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به اه وجزم بهذا القيل فى الصغرى والواقعات الحسامية والكفالة للبيهقى وعلى ذلك جرى فى صرف البزازية اه وظاهر الفتح اعتماده أيضا حيث قال : وفى الفتارى الصغرى وغيرها إن كان السفتج مشروطا فى القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وإلا جاز .

وصورة الشرط كما فى الواقعات : رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز ، وكذا لو قال اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وروى عن ابن عباس ذلك ، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطا قالوا إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر فإن كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا اه (قوله فرع الخ) ذكره استطرادا لعم ذكر فى البحر والنهر عن البزازية ماله مناسبة هنا :

وحاصله : أن المستقرض لو قضى أجود مما استقرض يحل بلا شرط ، ولو قضى أزيد فيه تفصيل الخ وقدمنا فى فصل القرض عن الخانية أن الزيادة إذا كانت تجرى بين الوزنين ، أى بأن كانت تظهر فى ميزان دون ميزان جاز كالدانق فى المائة بخلاف قدر درهم ، وإن لم تجر فإن لم يعلم صاحبها بها ترد عليه، وإن علم وأعطاها اختيارا ،

---

(١) قوله (إناطة) صوابه : نوط لأن فعله ثلاثى من باب قال كما فى المصباح اه مصححه ،

لم يصح) ولو شرط المحتال الضمان على المحيل صح ويطالب أياشاء لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة خانية وفيها عن الثانى لو غاب المحال عليه ثم جاء المحال وادعى جحوده المال لم يصدق وإن برهن لأن المشهود عليه غائب فلو حاضرا وجحد الحوالة ولا بينة كان القول له وجعل جحوده فسخا .

[فرع] الأب أو الوصى إذا احتال بمال اليتيم فإن كان خيرا لليتيم بأن كان الثانى أملأ صح سراجية وإلا لم يجز كمافى مضاربة الجوهرة .

قلت : ومفادهما عدم الجواز لو تساويا أو تقاربا وبه جزم فى الخانية والوجه له لأنه حينئذ اشتغال بمالا نفيد والعقود إنما شرعت للفائدة .

كتاب القضاء

لما كان أكثر المنازعات يقع فى الديون والبياعات أعقبها بما يقطعها (هو) بالمد والقصر لغة الحكم

فلو كانت الدراهم لا يضرها التبعيض لا تجوز ، لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، ولو يضرها جاز وتكون هبة المشاع فيما يقسم اه وعليه فلو قضاه مثل قرضه ثم زاده درهما مفروزا أو أكثر جاز إن لم يكن مشروطا وقدمنا هناك عن خواهر زاده أن المنفعة فى القرض إذا كانت غير مشروطة تجوز بلا خلاف (قوله لم يصح) لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الإبراء المؤبد بحر عند قوله هى نقل الدين ط وإذا لم تصح لا يجبر المحال عليه على الدفع إليه (قوله لأن الحوالة الخ) كما أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة كما فى الهداية والملتقى (قوله ولا بينة) أى وحنف الجاحد ط (قوله وجعل جحوده فسخا) هى مسألة توى الدين السابقة فى المتن ومر أن الرجوع إنما هو لأن براءة المحيل مشروطة بسلامة حق المحال ط (قوله وإلا لم يجز) لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر قال فى كافى الحاكم ومنه مالو احتال إلى أجل وكذا الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل ذلك اهقال فى البحر عن المحيط لكونه إبراء مؤقتا فيعتبر بالإبراء المؤبد وهذا إذا كان دينا ورثه الصغير وإن وجب بعقدهما جاز التأجيل عندهما خلافا لأبى يوسف اه (قوله قلت ومفادهما) أى مفاد ما فى السراجية وما فى الجوهرة وهذا أحد قولين حكاهما المصنف عن الذخيرة ثم رجح ما فى الخانية بم ذكره الشارح والله تعالى أعلم .

كتاب القضاء

ترجم له فى الهداية بأدب القاضى والأدب الخصال الحميدة فذكر ماينبغى للقاضى أن يفعله ويكون عليه وهو فى الأصل من الأدب بسكون الدال وهو الجمع والدعاء ، وهو أن تجمع الناس ، وتدعوهم إلى طعامك يقال أدب يأدب كضرب يضرب إذا دعا إلى طعامه سميت به الخصال الجميدة لأنها تدعو إلى الخير وتمامه فى الفتح (قوله لما كان الخ) كذا فى العناية والفتح ، وهو صريح فى أن المراد بالقضاء الحكم ، وحينئذ فكان ينبغى إيراده عقب الدعوى وأيضا كان ينبغى بيان وجه التأخير عما قبله كذا قيل ويمكن أن يقال : أرادوا بيان من يصلح للقضاء أى الحكم لتصح الدعوى عنده ، فلا جرم أن ذكر قبلها ولا خفاء أن وجه التأخير عما قبله مستفاد من أن أكثر المنازعات فى الديون والحوالة المطلقة مختصة بها فذكر بعدها نهر (قوله لغة الحكم) وأصله قضاى لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، والجمع الأقضية — وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه — أى حكم وقد يكون بمعنى الفراغ تقول : قضيت حاجتى وضربه فقضى عليه أى قتله وقضى نحبه مات وبمعنى الأداء والإنهاء ومنه قوله

وشرعا (فصل الخصومات وقطع المنازعات) وقيل غير ذلك كما بسط فى المطولات وأركانه ستة على مانظمه ابن الغرس بقوله :

أطراف كل قضية حكمية   ست يلوح بعدها التحقيق حكم

تعالى – وقضينا إليه ذلك الأمر – وبمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى – فقضاهن سبع سموات – ومنه القضاء والقدر بحر ملخصا عن الصحاح (قوله وشرعا فصل الخصومات الخ) عزاه فى البحر إلى المحيط ولا بد أن يزاد فيه على وجه خاص ، وإلا دخل فيه نحو الصلح بين الخصمين (قوله وقيل غير ذلك) منه قول العلامة قاسم إنه إنشاء إلزام فى مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا ، فخرج القضاء على خلاف الإجماع وما ليس بحادثة ، وماكان من العبادات ومنه قول العلامة ابن الغرس أنه الإلزام فى الظاهر على صيغة مختصة بأمر ظن لزومه فى الواقع شرعا قال : فالمراد بالزام التقرير التام ، وفى الظاهر فصل احترز به عن الإلزام فى نفس الأمر ، لأنه راجع إلى خطاب الله تعالى وعلى صيغة مختصة أى الشرعية كألزمت وقضيت وحكمت وأنفذت عليك القضاء وبأمر ظن لزومه الخ فصل عن الجور ، والتشهى ، ومعنى فى الظاهر أى الصورة الظاهرة إشارة إلى أن القضاء مظهر فى التحقيق للأمر الشرعى ، لامثبت خلافا لما يتوهم من أنه مثبت أخذا من قول الإمام بنفوذه ظاهرا وباطنا فى العقود والفسوخ بشهادة الزور ، لأن الأمر الشرعى فى مثله ثابت تقديرا والقضاء يقرره فى الظاهر ولم يثبت أمرا لم يكن لأن الشرع قد يعتبر المعدوم موجودا أو الموجود معدوما كوجود الدخول حكما فى إلحاق نسب ولد المشرقية بالمغربى فأجرى الممكن مجرى الواقع لئلا يهلك الولد بانتفاء نسبه مع وجود العقد المفضى إلى ثبوته اه ملخصا وتمامه فى رسالته (قوله وأركانه ستة الخ) فيه نظر لأن المراد بالقضاء الحكم كما مر ، والحكم أحد الستة المذكورة فيلزم أن يكون ركنا لنفسه فالمناسب ما فى البحر من أن ركنه ما يدل عليه من قول أو فعل ويأتى بيانه (قوله على ما نظمه) أى من بحر الكامل ونصف البيت الثانى الحاء من محكوم ط (قوله ابن الغرس) بالغين المعجمة هو العلامة أبو اليسر بدر الدين محمد الشهير بابن الغرس له شرح على البيتين المذكورين وهو الرسالة المشهورة المسماة الفواكه البدرية فى البحث عن أطراف القضايا الحكمية وله الشرح المشهور على شرح العقائد النسفية للتفتازانى (قوله أطراف كل قضية حكمية) الأطراف جمع طرف بالتحريك وطرف الشىء منتهاه ، وقضية أصله قضوية بياء النسبة إلى القضاء حذفت منه الواو بعد قلبها ألفا وحكمية صفة مخصصة لأن القضاء يطلق على معان منها الحكم كما مر والمراد بالقضية الحادثة التى يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلا فركنها اللفظ الدال عليها ، ولا تكون قضوية أى منسوبة إلى القضاء ، والحكم أى لا تكون محلا لثبوت حق المدعى فيها وعدمه إلا باستجماع هذه الشروط الستة التى هى بمنزلة أطراف الشىء المحيطة به أو أطراف الإنسان هذا ما ظهر لى فافهم (قوله بعدها) بتشديد الدال مصدر عد الشىء يعده أحصى عدة أفراده ، ويلوح بمعنى يظهر والتحقيق فاعله (قوله حكم) تقدم تعريفه ، وعلمت أنه قولى وفعلى فالقولى مثل ألزمت ، وقضيت مثلا وكذا قوله بعد إقامة البينة لمعتمده أقه واطلب الذهب منه وقوله ثبت عندى يكفى ، وكذا ظهر عندى أو علمت فهذا كله حكم فى المختار زاد فى الخزانة أو أشهد عليه ، وحكى فى التتمة الخلاف فى الثبوت ، والفتوى على أنه حكم كما فى الخانية وغيرها وتمامه فى البحر وذكر فى الفواكه البدرية أنه المذهب ولكن عرف المتشرعين والموثقين الآن على أنه ليس بحكم ، ولذا يقال : ولما ثبت عنده حكم والوجه أن يقال إن وقع الثبوت على مقدمات الحكم كقول المسجل ثبت عنده جريان العين فى ملك البائع إلى حين البيع ، فليس بحكم إذا كان المقصود من الدعوى الحكم على البائع بملك المشترى للعين المبيعة وإلا فهو حكم وتمامه فيها وفيها أيضا :

ومحكوم به وله ومحكوم عليه وحاكم

مطلب فى التنفيذ

وأما التنفيذ فالأصل فيه أن يكون حكما إذ من صيغ القضاء قوله : أنفذت عليك القضاء قالوا وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه بشروطه ، وهذا هو التنفيذ الشرعى ومعنى رفع اليد حصلت عنده فيه خصومة شرعية ، وأما التنفيذ المتعارف فى زماننا غالبا فمعناه إحاطة القاضى الثانى علما بحكم الأول على وجه التسليم له ويسمى اتصالا اه ملخصا وسيأتى تمام الكلام عليه فى آخر فصل الحبس .

مطلب أمر القاضى هل هو حكم أولا ؟

وأما أمر القاضى فاتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاء بالحق كأمره بالأخذ منه ، وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم ، حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح واختلفوا فى قوله سلم الدار وتمام الكلام عليه فى البحر والنهر ، وأطلق الشارح فى الفروع آخر الفصل الآتى تبعا للبزازى أنه حكم إلا فى مسألة الوقف وسيأتى تمامه .

مطلب الحكم الفعلى

وأما الحكم الفعلى فسيأتى فى الفروع هناك أن فعل القاضى حكم إلا فى مسئلتين وحقق ابن الغرس أنه ليس بحكم وأطال الكلام عليه فى البحر والنهر ، وسيأتى توضيحه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ومحكوم به) وهو أربعة أقسام حق الله تعالى المحض كحد الزنا أو الخمر ، وحق العبد المحض ، وهو ظاهر وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف أو السرقة أو غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير ابن الغرس وشرطه كونه معلوما بحر عن البدائع ، وعلى هذا فالحكم بالموجب بفتح الجيم لا يكفى ما لم يكن الموجب أمرا واحدا كالحكم بموجب البيع أو الطلاق أو العتاق وهو ثبوت الملك والحرية ، وزوال العصمة فلو أكثر فإن استلزم أحدهما الآخر صح ، كالحكم على الكفيل بالدين فإن موجبه الحكم عليه به ، وعلى الأصيل الغائب وإلا فلا كما لو وقع التنازع فى بيع العقار فحكم شافعى بموجبه فإنه لا يثبت به منع الجار عن الشفعة فللحنفى الحكم بها وأطال فى بيانه العلامة ابن الغرس وسيذكره الشارح آخر الفصل الآتى لكن هذا فى الحقيقة راجع إلى اشتراط الدعوى فى الحكم كما أشار إليه فى البحر ويأتى ذكره فى الطريق (قوله وله) أى ومحكوم له وهو الشرع كما فى حقوقه المحضة أو التى غلب فيها حقه ولا حاجة فى ذلك إلى الدعوى بخلاف ما تمحض فيها حق العبد أو غلب والعبد هو المدعى وعرفوه بمن لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، وقيل غير ذلك والشرط فيه بالإجماع حضرته أو حضرة نائب عنه كوكيل أو ولى أو وصى فالمحكوم له المحجور كالغائب اه ملخصا من الفواكه البدرية (قوله ومحكوم عليه) وهو العبد دائما لكنه إما متعين واحدا أو أكثر كجماعة اشتركوا فى قتل فقضى عليهم بالقصاص أولا ، كما فى القضاء بالحرية الأصلية ، فإنه حكم على كافة الناس ، بخلاف العارضة بالاعتاق فإنه جزئى واختلفوا فى الوقف والصحيح المفتى به أنه لايكون على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك أو وقف آخر والمحكوم عليه فى حقوق الشرع من يستوفى منه حقه ، سواء كان مدعى عليه أولا كما مرت الإشارة إليه اه ملخصا من الفواكه وسيذكر المصنف آخر الفصل الآتى حكاية الخلاف فى نفاذ الحكم على الغائب ، ويأتى تحقيقه هناك إن شاء الله تعالى (قوله وحاكم) هو إما الإمام أو القاضى أو المحكم أما الإمام فقال علماؤنا حكم السلطان العادل ينفذ واختلفوا فى المرأة فيما سوى الحدود والقصاص وإطلاقهم

وطريق (وأهله أهل الشهادة) أى أدائها على المسلمين كذا فى الحواشى السعدية

يتناول أهلية الفاسق الجاهل، وفيه بحث وأما المحكم فشرطه أهلية القضاء ويقضى فيما سوى الحدود والقصاص ثم القاضى تتقيد ولايته بالزمان والمكان والحوادث اه ملخصا من الفواكه وجميع ذلك سيأتى مفرقا فى مواضعه مع بيان بقية صفة الحاكم وشروطه (قوله وطريق) طريق القاضى إلى الحكم يختلف بحسب اختلاف المحكوم به والطريق فيما يرجع إلى حقوق العباد المحضة عبارة عن الدعوى والحجة: وهى إما البينة أو الاقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضى بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التى تصير الأمر فى حيز المقطوع به فقد قالوا لو ظهر إنسان من دار بيده سكين وهو متلوث بالدم سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فيها إنسانا مذبوحا بذلك الوقت ولم يوجد أحد غير ذلك الخارج ، فإنه يؤخذ به وهو ظاهر إذ لا يمترى أحد فى أنه قاتله والقول بأنه ذبحه آخر ثم تسور الحائط أو أنه ذبح نفسه احتمال بعيد لايلتفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل اه من الفواكه لابن الغرس ثم أطال هنا فى بيان الدعوى ، وتعريفها ، وشروطها إلى أن قال : ثم لا يشترط فى الطريق إلى الحكم أن تكون بتمامها عند القاضى الواحد ، حتى لو ادعى عند نائب القاضى ، وبرهن ثم وقعت الحادثة إلى القاضى أو بالعكس صح وله أن يبنى على ماوقع أولا ويقضى اه وستأتى هذه متنا ثم قال فى الفصل السابع وقد اتفق أئمة الحنفية والشافعية على أنه يشترط لصحة الحكم واعتباره فى حقوق العباد الدعوى الصحيحة وأنه لا بد فى ذلك من الخصومة الشرعية وإذا كان القاضى يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهره وأنه لاتخاصم ولا تنازع فى نفس الأمر بين المتداعيين ليس له سماع هذه الدعوى ولا يعتبر القضاء المترتب عليها ولا يصح الاحتيال لحصول القضاء بمثل ذلك وأما إذا لم يعلم ذلك ونفذ قضاؤه ولعمرى هذا شىء عمت به البلوى وبلغت شهرة اعتباره الغاية القصوى اه ملخصا ونقله المصنف فى المنح بتمامه وأقره فراجعه وكذا جزم به فى فتاواه :

[تنبيه] بقى طريق ثبوت الحكم أى بعد وقوعه ، وعليه اقتصر فى البحر فقال له وجهان أحدهما : اعترافه حيث كان مولى فلو معزولا فكو احد من الرعايا لا يقبل قوله إلا فيما فى يده الثانى: الشهادة على حكمه بعد دعوى صحيحة إن لم يكن منكرا أما لو شهدا أنه قضى بكذا ، وقال لم أقض لا تقبل شهادتهما خلافا لمحمد ورجح فى جامع الفصولين قول محمد لفساد قضاة الزمان اه وسيأتى تمام الكلام عند قول المصنف ، ولم يعمل بقول معزول وقد ذكر فى البحر فروعا كثيرة فى أحكام القضاء يلزم الوقوف عليها (قوله وأهله أهل الشهادة) أهل الأول خبر مقدم والثانى مبتدأ مؤخر ، لأن الجملة الخبرية يحكم فيها بمجهول على معلوم فإذا علم زيد وجهل قيامه تقول زيد القائم ، وإذا علم وجهل أنه زيد تقول القائم زيد ولذا قالوا لما كان أوصاف الشهادة أشهر عند الناس عرف أوصافه بأوصافها ثم الضمير فى أهله راجع إلى القضاء بمعنى من يصح منه أو بمعنى من يصح توليته كما فى البحر :

وحاصله : أن شروط الشهادة من الإسلام والعقل والبلوغ والحرية وعدم العمى والحد فى قذف شروط لصحة توليته ، ولصحة حكمه بعدها ومقتضاه أن تقليد الكافر لايصح ، وإن أسلم قال فى البحر: وفى الواقعات الحسامية الفتوى على أنه لاينعزل بالردة فإن الكفر لاينافى ابتداء القضاء فى إحدى الروايتين ، حتى لو قلد الكافر، ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد آخر فيه روايتان اه قال فى البحر : وبه علم أن تقليد الكافر صحيح ، وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره اه وهذا ترجيح لرواية صحة التولية أخذا من كون الفتوى على أنه لاينعزل بالردة خلافا لما مشى عليه المصنف فى باب التحكيم من رواية عدم الصحة وفى الفتح قلد عبد فعتق جاز قضاؤه بتلك الولاية

ويرد عليه أن الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة ذكره الزيلعى فى التحكيم (وشرط أهليتها شرط أهليته) فإن كلا منهما من باب الولاية والشهادة أقوى لأنها ملزمة على القاضى والقضاء ملزم على الخصم فلذا قبل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ابن كمال (والفاسق أهلها فيكون أهله

بلا حاجة إلى تجديد بخلاف تولية صبى فأدرك ، ولو قلد كافر فأسلم قال محمد هو على قضائه فصار الكافر كالعبد والفرق أن كلامنهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والإسلام يرتفع ، أما الصبى فلا ولاية له أصلا وما فى الفصول لو قال لصبى أو كافر : إذا أدركت فصل بالناس أواقض بينهم جاز لايخالف ماذكر فى الصبى لأن هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تنجيز اه وبه ظهر أن الأولى كون المراد فى مرجع الضمير من يصح منه القضاء لا من تصح توليته إلا أن يراد بها الكاملة وهى النافذة الحكم وأما تولية الأطروش فسيذكرها الشارح (قوله ويرد عليه الخ) أى على مافى الحواشى من تقييده بالمسلمين ، فكان عليه إسقاطه ليكون المراد أداءها على من يقضى عليه فيدخل الكافر لكن التفسير بالأداء احتراز عن التحمل ، لأنه يصح تحملها حالة الكفر والرق لا أداؤها فينافى ذلك والتحقيق أن يقال كما يعلم مما قدمناه إن كان المراد بمرجع الضمير من تصح توليته يكون المراد بالشهادة تحملها فيدخل فيه العبد والكافر : نعم يخرج عنه الصبى لعدم ولايته أصلا ، وإن كان المراد من يصح منه القضاء يكون المراد بالشهادة أداءها فقط ، فيدخل فيه الكافر المولى على أهل الذمة فإنه يصح قضاؤه عليهم حالا وكونه قاضيا خاصا لا يضر كما لايضر تخصيص قاضى المسلمين بجماعة معينين ، لأن المراد من يصح قضاؤه فى الجملة وعلى كل فالواجب إسقاط ذلك القيد إلا أن يكون مراده تعريف القاضى الكامل (قوله ليحكم بين أهل الذمة) أى حال كفره وإلا فقد علمت أن الكافر يصح توليته مطلقا لكن لايحكم إلا إذا أسلم :

مطلب فى حكم القاضى الدرزى والنصرانى

[تنبيه] ظهر من كلامهم حكم القاضى المنصوب فى بلاد الدروز فى القطر الشامى ، ويكون درزيا ويكون نصرانيا فكل منهما لايصح حكمه على المسلمين ، فإن الدرزى لاملة له كالمنافق والزنديق وإن سمى نفسه مسلما وقد أفتى فى الخيرية بأنه لاتقبل شهادته على المسلم . والظاهر أنه يصح حكم الدرزى على النصرانى وبالعكس تأمل ، وهذا كله بعد كونه منصوبا من طرف السلطان أو مأموره بذلك وإلا فالواقع أنه ينصبه أمير تلك الناحية ، ولا أدرى أنه مأذون له بذلك أم لا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم ، لكن جرت العادة أن أمير صيدا يولى القضاء فى تلك الثغور والبلاد بخلاف دمشق ونحوها ، فإن أميرها ليس له ذلك فيها بدليل أن لها قاضيا فى كل سنة يأتى من طرف السلطان ثم رأيت فى الفتح قال : والذى له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة ، وأطلق له التصرف وكذا الذى ولاه السلطان ناحية ، وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فإن له أن يولى ويعزل كذا قالوا : ولابد من أن لايصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فإن نائب الشام وحلب فى ديارنا يطلق لهم التصرف فى الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون اه والله سبحانه أعلم (قوله وشرط أهليتها الخ) تكرار مع قوله وأهله أهل الشهادة اه ح ، والظاهر أن المصنف ذكر الجملة الأولى تبعا للكنز وغيره ثم ذكر الثانية تبعا للغرر توضيحا وشرحا للأولى وأما الجواب بأنه ذكرها ليرتب عليها قوله والفاسق أهلها فغير مفيد فافهم (قوله فلذا قبل الخ) علة للعلة (قوله والفاسق أهلها) سيأتى بيان الفسق والعدالة فى الشهادات ، وأفصح بهذه الجملة دفعا لتوهم من قال إن الفاسق ليس بأهل للقضاء

لـكنه لايقلد) وجوبا ويأثم مقلده كقابل شهادته به يفتى وقيده فى القاعدية بما إذا غلب على ظنه صدقه فليحفظ درر واستثنى الثانى الفاسق ذا الجاه والمروءة فإنه يجب قبول شهادته بزازية قال فى النهر وعليه فلا يأثم أيضا بتوليته القضاء حيث كان كذلك إلا أن يفرق بينهما انتهى :

قلت : سيجىء تضعيفه فراجعه وفى معروضات المفتى أبى السعود لما وقع التساوى فى قضاة زماننا فى وجود العدالة ظاهرا ورد الأمر بتقديم الأفضل فى العلم والديانة والعدالة (والعدو لاتقبل شهادته على عدوه إذا كانت دنيوية)

فلا يصح قضاؤه ، لأنه لايؤمن عليه لفسقه ، وهو قول الثلاثة واختاره الطحاوى قال العينى : وينبغى أن يفتى به خصوصا فى هذا الزمان اه :

أقول : لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء خصوصا فى زماننا فلذا كان ماجرى عليه المصنف هو الأصح كما فى الخلاصة ، وهو أصح الأقاويل كما فى العمادية نهر وفى الفتح والوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا وحينئذ فيحكم بفتوى غيره اه (قوله لـكنه لايقلد وجوبا الخ) قال فى البحر وفى غير موضع ذكر الأولوية يعنى الأولى أن لاتقبل شهادته وإن قبل جاز وفى الفتح ومقتضى الدليل أن لايحل أن يقضى بها فإن قضى جاز ونفذ اه ومقتضاه الإثم وظاهر قوله تعالى — إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا — أنه لايحل قبولها قبل تعرف حاله وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد سرا وعلانية طعن الخصم أولا فى سائر الحقوق على قولهما المفتى به يقتضى الإثم بتركه لأنه للتعرف عن حاله حتى لايقبل الفاسق ، وصرح ابن الـكمال بأن من قلد فاسقا يأثم وإذا قبل القاضى شهادته يأثم اه (قوله به يفتى) راجع لما فى المتن فقد علمت التصريح بتصحيحه وبأنه ظاهر المذهب وأما كون عدم تقليده واجبا ففيه كلام كما علمت فافهم (قوله وقيده) أى قيد قبول شهادة الفاسق المفهوم من قابل اه ح وعبارة الدرر حتى لو قبلها القاضى ، وحكم بها كان آثما لـكنه ينفذ وفى الفتاوى القاعدية هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ اه :

قلت : والظاهر أنه لايأثم أيضا لحصول التبين المأمور به فى النص تأمل قال ط : فإن لم يغلب على ظن القاضى صدقه بأن غلب كذبه عنده أو تساويا فلا يقبلها أى لايصح قبولها أصلا ، هذا مايعطيه المقام اه (قوله واستثنى الثانى) أى أبو يوسف من الفاسق الذى يأثم القاضى بقبول شهادته ، والظاهر أن هذا مما يغلب على ظن القاضى صدقه ، فيكون داخلا تحت كلام القاعدية فلا حاجة إلى استثنائه على ما استظهرناه آنفا تأمل (قوله سيجىء تضعيفه) أى فى الشهادات حيث قال وما فى القنية ، والمجتبى من قبول ذى المروءة الصادق فقول الثانى وضعفه الـكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف اه .

قلت : قدمنا آنفا عن البحر أن ظاهر النص أنه لايحل قبول شهادة الفاسق قبل تعرف حاله فإذا ظهر للقاضى من حاله الصدق ، وقبله يكون موافقا للنص إلا أن يريد بالنص قوله تعالى — وأشهدوا ذوى عدل منكم — لـكن فيه أن دلالته على عدم قبول العدل (١) . إنما هى بالمفهوم وهو غير معتبر عندنا ولاسيما هو مفهوم لقب مع أن الآية الأولى تدل على قبول قوله عند التبين عن حاله كما قلنا تأمل (قوله وفى معروضات المفتى أبى السعود) أى المسائل التى عرضها على سلطان زمانه ، فأمر بالعمل بها (قوله فى وجود العدالة) هذا كان فى زمنه وقد وجد التساوى فى عدمها الآن فلينظر من يقدم ط (قوله إذا كانت دنيوية) سيذكر تفسيرها عن شرح الشرنبلالى واحترز بالدنيوية عن الدينية فإن من عادى غيره لارتكابه مالا يحل لايتهم ، بأنه يشهد عليه بزور بخلاف المعاداة الدنيوية ، وعن هذا قبلت

---

(١) قوله (على عدم قبول العدل) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه كلمة غير والأصل عدم قبول غير العدل تأمل اه مصححه .

ولو قضى القاضى بها لاينفذ ذكره يعقوب باشا (فلايصح قضاؤه عليه) لما تقرر أن أهله أهل الشهادة قال وبه أفتى مفتى مصر شيخ الإسلام أمين الدين بن عبد العال؛ قال وكذا سجل العدو لايقبل على عدوه . ثم نقل عن شرح الوهبانية أنه لم ير نقلها عندنا وينبغى النفاذ لو القاضى عدلا وقال ابن وهبان بحثا إن بعلمه لم يجز وإن بشهادة العدول بمحضر من الناس جاز اه .

قلت : واعتمده القاضى محب الدين فى منظومته فقال :

ولو على عدوه قاض حكم ... إن كان عدلا صح ذاك وانبرم
واختار بعض العلما وفصلا ... إن كان بالعلم قضى لن يقبلا
وإن يكن بمحضر من الملا ... وبشهادة العدول قبلا

قلت : لكن نقل فى البحر والعينى والزيلعى والمصنف وغيرهم عند مسألة التقليد من الجائر عن الناصحى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف أن من لم تجز شهادته لم يجز قضاؤه ومن لم يجز قضاؤه

شهادة المسلم على الكافر ، وإن كان عدوه من حيث الديانة وكذا شهادة اليهودى على النصرانى (قوله ولو قضى القاضى بها لاينفذ) دفع به مايتوهم أنها مثل شهادة الفاسق فإنه تقدم أنه يصح قبولها ، وإن أثم القاضى فشهادة العدو ليست كذلك بل هى كما لو قبل شهادة العبد والصبى (قوله ذكره يعقوب باشا) أى فى حاشيته على صدر الشريعة وقال فى الخيرية والمسألة دوارة فى الكتب :

مطلب فى قضاء العدو على عدوه

(قوله فلا يصح قضاؤه عليه) أى إذا كانت شهادة العدو على عدوه لا تقبل ولو قضى بها القاضى لا ينفذ يتفرع عليه أن القاضى لو قضى على عدوه لايصح لما تقرر الخ وبه سقط ما قيل إن ما ذكره عن اليعقوبية مكرر مع هذا فافهم :

[تنبيه] إذا لم يصح قضاؤه عليه فالمخلص إنابة غيره إذا كان مأذونا بالإستنابة ، وسيأتى أنه يستنيب إذا وقعت له أو لولده حادثة (قوله قال) أى المصنف فى المنح ونصه ورأيت بموضع ثقة معزوا إلى بعض الفتاوى ، وأظن أنها الفتاوى الكبرى للخاصى أن سجل العدو لايقبل على عدوه كما لاتقبل شهادته عليه اه فافهم والظاهر أن المراد بالسجل كما قال ط كتاب القاضى إلى قاض فى حادثة على عدو للقاضى ، وهو ما يأتى عن الناصحى (قوله ثم نقل) أى المصنف (قوله أنه لم ير نقلها)أى نقل مسألة قضاء القاضى على عدوه وهذا الكلام ذكره عبد البر بن الشحنة فى شرح الوهبانية عن ابن وهبان فينبغى أن يكون قوله لم ير نقلها مبنيا للمجهول (قوله وينبغى النفاذ) أى مطلقا سواء كان بعلمه أو بشهادة عدلين وهذا البحث لشارح الوهبانية خالف فيه بحث ابن وهبان الآتى وذكره عقبه بقوله : قلت: بل ينبغى النفاذ مطلقا لو القاضى عدلا (قوله إن بعلمه لم يجز) أى بناء على القول بجواز قضاء القاضى بعلمه والمعتمد خلافه وعليه فلا خلاف بين كلامى ابن الشحنة وابن وهبان فإن مؤدى كلا منهما نفوذ حكمه لو عدلا بشهادة العدول (قوله واعتمده الخ) المتبادر من النظم اعتماد الأول وهو بحث ابن الشحنة فيتعين عود الضمير إليه (قوله واختار بعض العلماء) هو ابن وهبان (قوله قلت لكن الخ) أصله للمصنف حيث قال : وقد غفل الشيخان أى ابن وهبان وشارحه عبد البر عما اتفقت كلمتهم عليه فى كتبهم المعتمدة من أن أهله أهل الشهادة فمن صلح لها صلح له ومن لا فلا والعدو لا يصلح للشهادة على ما عليه عامة المتأخرين فلا يصلح للقضاء اه ط .

لايعتمد على كتابه اه وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف كما لايخفى فليعتمد وبه أفتى محقق الشافعية الرملى ومن خطه نقلت أنه لو قضى عليه ثم أثبت عداوته بطل قضاؤه فليحفظ ؛

وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى ثم إنما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل ولى لا بمخاصمة نعم هى تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة كشهادة وكيل فيما وكل فيه

قلت : ولم أر هذا الكلام فى نسختى من شرح المصنف ؛

ثم اعلم أن مراد الشارح الإستدراك على كلام الشيخين ، وتأييد كلام المتن فإن المصنف فرع عدم صحة القضاء على عدم قبول الشهادة ، وهو مفهوم الكلية الواقعة فى عبارات المتون وهى قولهم : وأهله أهلها فإن مفهومها عكسها اللغوى وهو أن من ليس أهلا لها ، لا يكون أهلا له ، فلذا قال المصنف فى متنه والعدو لا تقبل شهادته على عدوه ، فلا يصح قضاؤه عليه ولما كان هذا إثباتا للحكم بالمفهوم ، وفيه احتمال نقل الشارح أن مفهوم الكلية المذكورة مصرح به فى عبارة الناصحى ، فسقط الاحتمال والدفع بحث الشيخين وتأيد كلام المصنف ، ولذا قال وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف ، ولكن بقى ههنا تحقيق توفيق وهو أنه ذكر فى القنية أن العداوة الدنيوية لاتمنع قبول الشهادة مالم يفسق بها ، وأنه الصحيح وعليه الاعتماد وأن مافى المحيط والواقعات ، من أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل اختيار المتأخرين ، والرواية المنصوصة تخالفها وأنه مذهب الشافعى وقال أبو حنيفة تقبل إذا كان عدلا وفى المبسوط إن كانت دنيوية فهذا يوجب فسقه فلا تقبل شهادته اه ملخصا ؛

والحاصل أن فى المسألة قولين معتمدين أحدهما عدم قبولها على العدو ، وهذا اختيار المتأخرين ، وعليه صاحب الكنز والملتقى ومقتضاه أن العلة العداوة لا الفسق ، وإلا لم تقبل على غير العدو أيضا وعلى هذا لايصح قضاء العدو على عدوه أيضا ، ثانيهما أنها تقبل إلا إذا فسق بها واختاره ابن وهبان وابن الشحنة ، وإذا قبلت فبالضرورة يصح قضاء العدو على عدوه إذا كان عدلا فلذا اختار الشيخان صحته ، وبه علم أن من يقول بقبول شهادة العدو العدل يقول بصحة قضائه ومن لا فلا وأن ماذكره الناصحى لايعارض كلام الشيخين لاختلاف المناط فاغتنم هذا التحقيق ودع التلفيق (قوله لايعتمد على كتابه) هو المعبر عنه فيما سبق بالسجل ط (قوله فيما اعتمده المصنف) أى فى متنه من إطلاق عدم القبول (قوله وبه أفتى محقق الشافعية الرملى) هذا غير مانقله فى شرح الوهبانية عن الرافعى عن الماوردى من جواز القضاء على العدو ، لا الشهادة عليه لظهور أسباب الحكم وخفاء أسباب الشهادة اه وهو وجيه ولذا قيد ابن وهبان صحة القضاء بما إذا كان بشهادة العدول بمحضر من الناس كما مر لتنتفى التهمة بمعاينة أسباب الحكم ، ويظهر لى أنه ينبغى أن يصح الحكم عندنا فى هذه الصورة حتى على القول بعدم قبول شهادة العدو فتأمل (قوله ومن خطه نقلت) الجار والمجرور متعلق بقوله نقلت ، وقوله إنه لو قضى الخ مفعول نقلت أو بدل من الضمير المجرور فى قوله وبه أفتى وجملة ومن خطه نقلت معترضة أو هى خبر مقدم وجملة أنه لوقضى الخ مبتدأ مؤخر واقتصر ط على الأخير (قوله وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى الخ) أصله لناظمها ونقله العلامة عبد البر عنه ونصه قال ، أى ابن وهبان وقد يتوهم بعض المتفقهة من الشهود أن من خاصم شخصا فى حق أو ادعى عليه يصير عدوه ، فيشهدون بينهما بالعداوة وليس كذلك وإنما تثبت بنحو الخ اه ؛

قلت : لكن قد علمت أن مختار ابن وهبان أن العداوة لاتمنع قبول الشهادة إلا إذا فسق بها فعلم أنها قد تكون مفسقة وقد لا تكون فقوله : وإنما تثبت الخ يريد به العداوة المانعة وهى المفسقة ، ولا يخفى أن هذه تمنع القبول

ووصى وشريك (والفاسق لا يصلح مفتيا) لأن الفتوى من أمور الدين والفاسق لا يقبل قوله فى الديانات ابن ملك زاد العينى واختاره كثير من المتأخرين وجزم به صاحب المجمع فى متنه وله فى شرحه عبارات بليغة وهو قول الأئمة الثلاثة أيضا وظاهر مافى التحرير أنه لا يحل استفتاؤه اتفاقا كما بسطه المصنف (وقيل نعم يصلح) وبه جزم فى الكنز لأنه يجتهد حذار نسبة الخطأ ولا خلاف فى اشتراط إسلامه وعقله وشرط بعضهم تيقظه لا حريته وذكورته ونطقه فيصح إفتاء الأخرس لا قضاؤه (ويكتفى بالإشارة منه لا من القاضى) للزوم صيغة مخصوصة كحكمت وألزمت بعد دعوى صحيحة وأما الأطرش وهو من يسمع

على العدو وعلى غيره وسيأتى تمام الكلام على هذه المسألة فى الشهادات إن شاء الله تعالى (قوله ووصى) أى فيما أوصى عليه وقوله وشريك أى فيما هو من مال الشركة ط (قوله والفاسق لا يصلح مفتيا) أى لا يعتمد على فتواه وظاهر قول المجمع لا يستفتى أنه لا يحل استفتاؤه، ويؤيده قول ابن الهمام فى التحرير الإتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالإجتهاد والعدالة أو رآه منتصبا والناس يستفتونه معظمين له، وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدهما أى عدم الإجتهاد أو العدالة كما فى شرحه، ولكن اشتراط الإجتهاد مبنى على اصطلاح الأصوليين أن المفتى المجتهد أى الذى يفتى بمذهبه، وأن غيره ليس بمفت بل هو ناقل كما سيأتى، والثانى هو المراد هنا بدليل ماسيأتى من أن اجتهاده شرط الأولوية ولأن المجتهد مفقود اليوم:

والحاصل: أنه لا يعتمد على فتوى المفتى الفاسق مطلقا (قوله وله فى شرحه عبارات بليغة) حيث قال إن أولى مايستنزل به فيض الرحمة الإلهية فى تحقيق الواقعات الشرعية طاعة الله عز وجل والتمسك بحبل التقوى قال تعالى —واتقوا الله ويعلمكم الله— ومن اعتمد على رأيه وذهنه فى استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو فى المعاصى حقيق بإنزال الخذلان فقد اعتمد على مالا يعتمد عليه — ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور— اهـ (قوله وظاهر مافى التحرير) بل هو صريحه كما سمعت (قوله وبه جزم فى الكنز) حيث قال والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا فجزم بالأول ونسب الثانى إلى قائله بصيغة التمريض فافهم (قوله لا يجتهد الخ) هذا التعليل لا يظهر فى زماننا لأنه قد يعرض عن النص الضرورى قصدا لغرض فاسد وربما عورض بالنص فيدعى فساد النص ط (قوله حذار نسبة الخطأ) الأولى أن يقول حذر لما فى القاموس وحذار حذار وقد ينون الثانى أى احذر ط (قوله وشرط بعضهم تيقظه) احترازا عمن غلب عليه الغفلة والسهو:

قلت: وهذا شرط لازم فى زماننا، فإن العادة اليوم أن من صار بيده فتوى المفتى استطال على خصمه وقهره بمجرد قوله أفتانى المفتى، بأن الحق معى والخصم جاهل لا يدرى مافى الفتوى، فلا بد أن يكون المفتى متيقظا يعلم حيل الناس ودسائسهم، فإذا جاءه السائل يقرره من لسانه ولا يقول له إن كان كذا فالحق معك، وإن كان كذا فالحق مع خصمك لأنه يختار لنفسه ماينفعه، ولا يعجز عن إثباته بشاهدى زور، بل الأحسن أن يجمع بينه وبين خصمه فإذا ظهر له الحق مع أحدهما كتب الفتوى لصاحب الحق وليحترز من الوكلاء فى الخصومات فإن أحدهم لا يرضى إلا بإثبات دعواه لموكله بأى وجه أمكن ولهم مهارة فى الحيل والتزوير، وقلب الكلام وتصوير الباطل بصورة الحق فإذا أخذ الفتوى قهر خصمه ووصل إلى غرضه الفاسد، فلا يحل للمفتى أن يعينه على ضلاله وقد قالوا من جهل بأهل زمانه فهو جاهل، وقد يسأل عن أمر شرعى، وتدل القرائن للمفتى المتيقظ أن مراده التوصل به إلى غرض فاسد كما شهدناه كثيرا:

والحاصل أن غفلة المفتى يلزم منها ضرر عظيم فى هذا الزمان والله تعالى المستعان (قوله لا حريته الخ) أى فهو كالراوى لا كالشاهد والقاضى ولذا تصح فتواه لمن لا تقبل شهادته له (قوله فيصح إفتاء الأخرس) أى

الصوت القوى فالأصح الصحة بخلاف الأصم (ويفتى القاضى) ولو فى مجلس القضاء وهو الصحيح (من لم يخاصم إليه) ظهيرية وسيتضح (ويأخذ) القاضى كالمفتى (بقول أبى حنيفة على الإطلاق ثم بقول أبى يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد) وهو الأصح منية وسراجية وعبارة النهر ثم بقول الحسن فتنبه وصحح فى الحاوى اعتبار قوة المدرك والأول أضبط نهر (ولا يخير إلا إذا كان مجتهدا) بل المقلد متى خالف

حيث فهمت إشارته بل يجوز أن يعمل بإشارة الناطق كما فى الهندية وأفاده عموم قول المصنف ويكتفى بالإشارة منه ط (قوله فالأصح الصحة) لأنه يفرق بين المدعى والمدعى عليه وقيل لا يجوز، لأنه لا يسمع الإقرار فيضيع حقوق الناس، بخلاف الأصم وهكذا فصل شارح الوهبانية، وينبغى أن الحكم كذلك فى المفتى.

فإن قلت: قد يفرق بينهما، بأن المفتى يقرأ صورة الاستفتاء، ويكتب جوابه فلا يحتاج إلى السماع:

قلت: الظاهر من كلامهم عدم الاكتفاء بهذا فى القاضى مع أنه يمكن أن يكتب له جواب الخصمين، فكذا فى المفتى ويمكن الفرق بأن القضاء لابد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة، فيحتاط فيه بخلاف الإفتاء فإنه إفادة الحكم الشرعى ولو بالإشارة فلا يشترط فيه السماع اهـ منح ملخصا:

قلت: لاشك أنه إذا كتب له وأجاب عنه جاز العمل بفتواه وأما إذا كان منصوبا للفتوى يأتيه عامة الناس ويسألونه من نساء وأعراب وغيرهم، فلابد أن يكون صحيح السمع لأنه لا يمكن كل سائل أن يكتب له سؤاله، وقد يحضر إليه الخصمان ويتكلم أحدهما بما يكون فيه الحق عليه لاله والمفتى لم يسمع ذلك منه فيفتيه على ماسمع من بعض كلامه فيضيع حق خصمه؛ وهذا قد شاهدته كثيرا فلا ينبغى التردد فى أنه لا يصح أن يكون مفتيا عاما ينتظر القاضى جوابه ليحكم به فإن ضرر مثل هذا أعظم من نفعه والله سبحانه أعلم.

مطلب يفتى بقول الإمام على الإطلاق

(قوله ويفتى القاضى الخ) فى الظهيرية ولا بأس للقاضى أن يفتى من لم يخاصم إليه ولا يفتى أحد الخصمين فيما خوصم إليه اهـ بحر وفى الخلاصة: القاضى هل يفتى فيه أقاويل، والصحيح أنه لا بأس به فى مجلس القضاء وغيره فى الديانات والمعاملات اهـ ويمكن حمله على من لم يخاصم إليه فيوافق ما فى الظهيرية ومن ثم عولنا عليه فى هذا المختصر منح، وقد جمع الشارح بين العبارتين بهذا الحمل وفى كافى الحاكم وأكره للقاضى أن يفتى فى القضاء للخصوم كراهة أن يعلم خصمه قوله فيتحرز منه بالباطل اهـ (قوله وسيتضح) لعله أراد به مسألة التسوية تأمل (قوله على الإطلاق) أى سواء كان معه أحد أصحابه أو الفرد لكن سيأتى قبيل الفصل أن الفتوى على قول أبى يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته (قوله وهو الأصح) مقابله مايأتى عن الحاوى وما فى جامع الفصولين من أنه لو معه أحد صاحبيه أخذ بقوله: وإن خالفاه قيل كذلك وقيل يخير إلا فيما كان الاختلاف بحسب تغير الزمان كالحكم بظاهر العدالة وفيما أجمع المتأخرون عليه كالمزارعة والمعاملة فيختار قولهما (قوله وعبارة النهر الخ) أى لإفادة أن رتبة الحسن بعد زفر، بخلاف عبارة المصنف فإن عطفه بالواو يفيد أنهما فى رتبة واحدة، وعبارة المصنف هى المشهورة فى الكتب (قوله وصحح فى الحاوى) أى الحاوى القدسى وهذا فيما إذا خالف الصاحبان الإمام والمراد بقوة المدرك قوة الدليل أطلق عليه المدرك، لأنه محل إدراك الحكم لأن الحكم يؤخذ منه (قوله والأول أضبط) لأن ما فى الحاوى خاص فيمن له اطلاع على الكتاب والسنة وصار له ملكة النظر فى الأدلة واستنباط الأحكام منها، وذلك هو المجتهد المطلق، أو المقيد بخلاف الأول فإنه يمكن لمن هو دون ذلك (قوله ولا يخير إلا إذا كان مجتهدا) أى لا يجوز له مخالفة الترتيب المذكور إلا إذا كان له ملكة يقتدر بها على الاطلاع

معتمد مذهبه لا ينفذ حكمه وينقض هو المختار للفتوى كما بسطه المصنف فى فتاويه وغيره ، وقدمناه أول الكتاب وسيجىء . وفى القهستانى وغيره :

اعلم أن فى كل موضع قالوا الرأى فيه للقاضى فالمراد قاض له ملكة الاجتهاد انتهى وفى الخلاصة وإنما ينفذ القضاء فى المجتهد فيه إذا علم أنه مجتهد فيه وإلا فلا (وإذا اختلف مفتيان) فى جواب حادثة (أخذ بقول أفقههما بعد أن يكون أورعهما) سراجية وفى الملتقط وإذا أشكل عليه أمر ولا رأى له فيه شاور العلماء ونظر أحسن أقاويلهم وقضى بما رآه صوابا لا بغيره إلا أن يكون غيره أقوى فى الفقه ووجوه الاجتهاد فيجوز ترك رأيه برأيه ثم قال وإن لم يكن مجتهدا فعليه تقليدهم

على قوة المدرك ، وبهذا رجع القول الأول إلى ما فى الحاوى من أن العبرة فى المفتى المجتهد لقوة المدرك نعم فيه زيادة تفصيل سكت عنه الحاوى ، فقد اتفق القولان على أن الأصح هو أن المجتهد فى المذهب من المشايخ الذين هم أصحاب الترجيح ، لا يلزمه الأخذ بقول الإمام على الاطلاق بل عليه النظر فى الدليل وترجيح ما رجح عنده دليله ، ونحن نتبع مارجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا فى حياتهم كما حققه الشارح فى أول الكتاب نقلا عن العلامة قاسم ، ويأتى قريبا عن الملتقط أنه إن لم يكن مجتهدا فعليه تقليدهم واتباع رأيهم ، فإذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه وفى فتاوى ابن الشلبى لا يعدل عن قول الإمام إلا إذا صرح أحد من المشايخ بأن الفتوى على قول غيره وبهذا سقط ما بحثه فى البحر من أن علينا الافتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه، وقد اعترضه محشيه الخير الرملى بما معناه أن المفتى حقيقة هو المجتهد وأما غيره فناقل لقول المجتهد ، فكيف يجب علينا الافتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه ونحن إنما نحكى فتواهم لا غير اه وتمام أبحاث هذه المسألة حررناه فى منظومتنا فى رسم المفتى وفى شرحها وقدمنا بعضه فى أول الكتاب والله الهادى إلى الصواب فافهم (قوله معتمد مذهبه) أى الذى اعتمده مشايخ المذهب سواء وافق قول الإمام أو خالفه كما قررناه آنفا (قوله وسيجىء) أى بعد أسطر عن الملتقط وكذا فى الفصل الآتى عند قوله قضى فى مجتهد فيه (قوله اعلم أن فى كل موضع قالوا الرأى فيه للقاضى الخ) أقول : قد عد فى الأشباه من المسائل التى فوضت لرأى القاضى إحدى عشرة مسألة زاد محشيه الخير الرملى أربع عشرة مسألة أخرى ذكرها الحموى فى حاشيته ، ولحفيد المصنف الشيخ محمد بن الشيخ صالح ابن المصنف رسالة فى ذلك سماها فيض المستفيض فى مسائل التفويض ، فارجع إليها ولكن بعض هذه المسائل لا ظهر توقف الرأى فيها على الاجتهاد المصطلح فليتأمل وانظر ما نذكره فى الفصل الآتى عند قوله فيحبسه بما رأى (قوله وإنما ينفذ القضاء الخ) هذا فى القاضى المجتهد أما المقلد فعليه العمل بمعتمد مذهبه علم فيه خلافا أولا اهط وسيأتى تمام الكلام على هذه المسألة عند قول المصنف وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه (قوله وإذا أشكل الخ) قال فى الهندية وإن لم يقع اجتهاد على شىء ، وبقيت الحادثة مختلفة ومشكلة كتب إلى فقهاء غير مصره فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة فى الحوادث الشرعية ، فإن اتفق رأيهم على شىء ورأيه يوافقهم وهو من أهل الرأى والاجتهاد أمضى ذلك برأيه ، وإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقوال عنده من الحق إن كان من أهل الاجتهاد وإلا أخذ بقول من هو أفقه وأورع عنده اه ط (قوله وقضى بما رآه صوابا) أى بما حدث له من الرأى والاجتهاد بعد مشاورتهم ، فلا ينافى قوله ولا رأى له فيه تأمل (قوله إلا أن يكون غيره) أى إلا أن يكون الشخص الذى أفتاه أقوى منه ، فيجوز له أن يعدل عن رأى نفسه إلى رأى ذلك المفتى لكن هذا إذا اتهم رأى نفسه ففى الهندية عن المحيط وإن شاور القاضى رجلا واحدا كفى ، فإن رأى بخلاف رأيه وذلك الرجل أفضل وأفقه عنده لم يذكر هذه المسألة هنا وقال فى كتاب الحدود لو قضى برأى ذلك الرجل أرجو أن يكون فى سعة وإن لم يتهم القاضى رأيه لاينبغى أن يترك

واتباع رأيهم فإذا قضى بخلافه لاينفذ حكمه :
(المصر شرط لنفاذ القضاء فى ظاهر الرواية وفى رواية النوادر لا) فينفذ فى القرى وفى عقار لافى ولايته على الصحيح خلاصة (وبه يفتى) بزازية (أخذ القضاء برشوة) للسلطان أولقومه وهو عالم بها أو بشفاعة جامع الفصولين وفتاوى ابن نجيم

رأى نفسه ويقضى برأى غيره اه أى لأن المجتهد لايقلد غيره (قوله واتباع رأيهم) أى إن اتفقوا على شىء وإلا أخذ بقول الأفقه والأورع عنده كما مر :

قال فى الفتح : وعندى أنه لو أخذ بقول الذى لايميل إليه قلبه جاز لأن ذلك الميل وعدمه سواء ، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ اه .

قلت : وهذا كله فيما إذا كان المفتيان مجتهدين واختلفا فى الحكم ، ومثله يقال فى المقلدين فيما لم يصرحوا فى الكتب بترجيحه واعتماده أو اختلفوا فى ترجيحه ، وإلا فالواجب الآن اتباع ما اتفقوا على ترجيحه أو كان ظاهر الرواية أو قول الإمام أو نحو ذلك من مقتضيات الترجيح التى ذكرناها فى أول الكتاب وفى منظومتنا وشرحها (قوله فى ظاهر الرواية) فى البحر : ولا يشترط المصر على ظاهر الرواية فالقضاء بالسواد صحيح ، وبه يفتى كذا فى البزازية اه وبه علم أن كلا من القولين معزو إلى ظاهر الرواية وفيه تأمل رملى على المنح (قوله وفى عقار الخ) فى البحر ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضى إذا كانت الدعوى فى المنقول والدين وأما فى عقار لا فى ولايته ، فالصحيح الجواز كما فى الخلاصة والبزازية وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط اه :

مطلب فى الكلام على الرشوة والهدية

(قوله أخذ القضاء برشوة) بتثليث الراء قاموس وفى المصباح الرشوة بالكسر ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على مايريد جمعها رشا مثل سدرة وسدر والضم لغة وجمعها رشا بالضم اه وفيه البرطيل بكسر الباء الرشوة وفتح الباء عامى :

وفى الفتح : ثم الرشوة أربعة أقسام : منها ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة. الثانى : ارتشاء القاضى ليحكم وهو كذلك ولو القضاء بحق لأنه واجب عليه. الثالث : أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ فقط وحيلة حلها أن يستأجره يوما إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله فى الذهاب إلى السلطان للأمر الفلانى ، وفى الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال : حلال من الجانبين كالإهداء للتودد وحرام منهما كالإهداء ليعينه على الظلم وحرام على الآخذ فقط ، وهو أن يهدى ليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ قال : أى فى الأقضية هذا إذا كان فيه شرط أما إذا كان بلا شرط لكن يعلم يقينا أنه إنما يهدى ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا بأس به ، ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع : ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه أو ماله حلال للدافع حرام على الآخذ ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب اه ما فى الفتح ملخصا . وفى القنية الرشوة يجب ردها ولا تملك وفيها دفع للقاضى أو لغيره سحتا لاصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد مادفع إليه اه وتمام الكلام عليها فى البحر وباقى الكلام على الهدية للقاضى والمفتى والعمال (قوله للسلطان) صفة لرشوة أى دفعها القاضى له وكذا لو دفعها

(أو ارتشى) هو أو أعوانه بعلمه شرنبلالية (وحكم لاينفذ حكمه) ومنه مالو جعل اوليه مبلغا فى كل شهر يأخذه منه ويفوض إليه قضاء ناحية فتاوى المصنف لكن فى الفتح من قلد بواسطة الشفعاء كمن قلد احتسابا ومثله فى البزازية بزيادة وإن لم يحل الطلب بالشفعاء (ولو) كان (عدلا ففسق بأخذها) أو بغيره وخصها لأنها المعظم (استحق العزل) وجوبا

غيره كما فى البحر عن البزازية (قوله أو ارتشى) المناسب إسقاطه ، لأنه يغنى عنه قوله ولو كان عدلا مع ما فيه من الإيهام كما تعرفه (قوله لاينفذ حكمه) فيه إيهام التسوية بين المسألتين ، مع أنه إذا أخذ القضاء بالرشوة لايصير قاضيا ، كما فى الكنز :

قال فى البحر : وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اه . ومثله فى الدرر عن العمادية وأما إذا ارتشى أى بعد صحة توليته سواء ارتشى ثم قضى أو قضى ثم ارتشى كما فى الفتح : فحكى فى العمادية فيه ثلاثة أقوال قيل : إن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وفى غيره وقيل : لاينفذ فيه وينفذ فيما سواه ، واختاره السرخسى وقيل لا ينفذ فيهما والأول اختاره البزدوى واستحسنه فى الفتح لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجاب فسقه ، وقد فرض أنه لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لاينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى عامل لنفسه معنى والقضاء عمل لله تعالى اه .

قال فى النهر تبعا للبحر : وأنت خبير بأن كون خصوص هـذا الفسق غير مؤثر ممنوع ، بل يؤثر بملاحظة كونه عملا لنفسه ، وبهذا يترجح ما اختاره السرخسى وفى الخانية أجمعوا أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه اه .

قلت : حكاية الاجماع منقوضة بما اختاره البزدوى ، واستحسنه فى الفتح وينبغى اعتماده للضرورة فى هذا الزمان وإلا بطلت جميع القضايا لواقعة الآن ، لأنه لاتخلو قضية عن أخذ القاضى الرشوة المسماة بالمحصول قبل الحكم أو بعده فيلزم تعطيل الأحكام ، وقد مر عن صاحب النهر فى ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء أنه لو اعتبر العدالة لانسد باب القضاء فكذا يقال هنا وانظر ماسنذكره فى أول باب التحكيم وفى الحامدية عن جواهر الفتاوى قال شيخنا وإمامنا جمال الدين البزدوى أنا متحير فى هذه المسألة لا أقدر أن أقول تنفيذ أحكامهم لما أرى من التخليط والجهل والجراءة فيهم ، ولا أقدر أن أقول لاتنفيذ لأن أهل زماننا كذلك فلو أفتيت بالبطلان أدى إلى إبطال الأحكام جميعا يحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا أفسدوا علينا ديننا ، وشريعة نبينا صلى الله عليه وسلم لم يبق منهم إلا الاسم والرسم اه هذا فى قضاة ذلك الزمان ، فما بالك فى قضاة زماننا فإنهم زادوا على من قبلهم باعتقادهم حل ما يأخذونه من المحصول بزعمهم الفاسد أن السلطان يأذن لهم بذلك ، وسمعت من بعضهم أن المولى أبا السعود أفتى بذلك ، وأظن أن ذلك افتراء عليه وانظر ما سنذكره قبيل كتاب الشهادات ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله ومنه الخ) أى من قسم أخذ القضاء بالرشوة وهذا يسمى الآن مقاطعة والتزاما بأن يكون على رجل قضاء ناحية فيدفع له آخر شيئا معلوما ليقضى فيها ويستقل بجميع ما يحصله من المحصول لنفسه وذكر فى الخيرية فى شأنهم نظما يصرح بكفرهم (قوله لكن فى الفتح الخ) استدراك على قوله أو شفاعة (قوله أو بغيره) كزنا أو شرب خمر (قوله لأنها المعظم) أى معظم ما يفسق به القاضى نهر (قوله استحق العزل) هـذا ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون والسمرقنديون ، ومعناه أنه يجب على السلطان عزله ذكره فى الفصول ، وقيل : إذا ولى عدلا ثم فسق انعزل ، لأن عدالته مشروطة معنى لأن موليه اعتمدها فيزول بزوالها

وقيل ينعزل وعليه الفتوى ابن الكمال وابن ملك : وفى الخلاصة عن النوادر لو فسق أو ارتد أو عمى ثم صلح أو أبصر فهو على قضائه وأما إن قضى فى فسقه ونحوه فباطل واعتمده فى البحر وفى الفتح اتفقوا فى الإمارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة لكن فى أول دعوى الخانية الوالى كالقاضى فليحفظ (وينبغى أن يكون موثوقا به فى عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه

وفيه أنه لا يلزم من إعتبار ولايته لصلاحيته تقييدها به على وجه تزول بزواله فتح ملخصا (قوله وقيل ينعزل وعليه الفتوى) قال فى البحر بعد نقله وهو غريب والمذهب خلافه (قوله ثم صلح) أى بالطاعة أو الإسلام (قوله فهو على قضائه) مخالف لما فى البحر عن البزازية أربع خصال : إذا حلت بالقاضى بعزل فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين اه لكن قال بعده ، وفى الواقعات الحسامية الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة فإن المكفر لا ينافى ابتداء القضاء فى إحدى الروايتين ، ثم قال وبه علمت أن ما مر على خلاف المفتى به وفى الولوالجية إذا ارتد أو فسق ثم صلح فهو على حاله لأن الارتداد فسق ، وبنفس الفسق لا ينعزل إلا أن ماقضى فى حال الردة باطل اه :

قلت : وظاهر ما فى الولوالجية أن ما قضاه فى حال الفسق نافذ وهو الموافق لما مر إلا أن يراد بالفسق فى عبارة الخلاصة الفسق بالرشوة تأمل (قوله واعتمده فى البحر) فيه أن الذى اعتمده فى البحر هو قوله فصار الحاصل : أنه إذا فسق لا ينعزل وتنفذ قضاياه إلا فى مسألة هى ما إذا فسق بالرشوة فإنه لا ينفذ فى الحادثة التى أخذ بسببها قال وذكر الطرسوسى أن من قال باستحقاقه العزل قال بصحة أحكامه ومن قال بعزله قال ببطلانها اه : (قوله لكن فى أول دعوى الخانية الخ) حيث قال كما فى البحر : والوالى إذا فسق فهو بمنزلة القاضى يستحق العزل ولا ينعزل اه وأنت خبير بأن هذا لا يخالف ما فى الفتح فافهم :

مطلب السلطان يصير سلطانا بأمرين

نعم نقل فى البحر عن الخانية أيضا من الردة أن السلطان يصير سلطانا بأمرين : بالمبايعة معه من الأشراف والأعيان وبأن ينفذ حكمه على رعيته خوفا من قهره ، فإن بويع ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا فإذا صار سلطانا بالمبايعة فجار إن كان له قهر وغلبة لا ينعزل ، لأنه لو انعزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد وإن لم يكن له قهر وغلبة ينعزل اه فكان المناسب الاستدراك بهذه العبارة الثانية ليفيد حمل ما فى الفتح على ما إذا كان له قهر وغلبة (قوله وينبغى أن يكون الخ) ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف ، لأن القضاء من أهم أمور المسلمين فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب ، وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى وينبغى للسلطان أن يتفحص فى ذلك ويولى من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام « من قلد إنسانا عملا وفى رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » بحر ومثله فى الزيلعى فقوله : وينبغى بمعنى يطلب أى المطلوب منه أن تكون صفته هكذا وقوله : كان أولى أى أحق وهذا لا يدل على أن ذلك مستحب ، فإن الحديث يدل على إثم السلطان بتوليته غير الأولى فافهم :

مطلب فى تفسير الصلاح والصالح

(قوله موثوقا به) أى مؤتمنا من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقا ائتمنته والعفاف الكف عن المحارم وخوارم المروءة والمراد بالوثوق بعقله كونه كامله ، فلا يولى الأخف وهو ناقص العقل والصلاح خلاف الفساد وفسر الخصاف الصالح بمن كان مستورا غير مهتوك ، ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى قليل

والاجتهاد شرط الأولوية) لتعذره على أنه يجوز خلو الزمن عنه عند الأكثر نهر فصح تولية العامى ابن كمال ويحكم بفتوى غيره لكن فى إيمان البزازية المفتى يفتى بالديانة والقاضى يقضى بالظاهر دل على أن الجاهل لايمكنه القضاء بالفتوى أيضا فلابد من كون الحاكم فى الدماء والفروج عالما دينا

السوء ، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال وليس بقذاف للمحصنات ، ولا معروفا بالكذب فهذا عندنا من أهل الصلاح اه والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند أمر يعاينه وبوجوه الفقه طرقه بحر ملخصا والأثر كما قال السخاوى لغة : البقية ، واصطلاحا : الأحاديث مرفوعة أو موقوفة على المعتمد وإن قصره بعض الفقهاء على الثانى :

مطلب فى الاجتهاد وشروطه

(قوله والاجتهاد شرط الأولوية) هو لغة بذل المجهود فى تحصيل ذى كلفة وعرفا ذلك من الفقيه فى تحصيل حكم شرعى قال فى التلويح ومعنى بذل الطاقة أن يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه وشرطه الإسلام والعقل والبلوغ وكونه فقيه النفس أى شديد الفهم بالطبع وعلمه باللغة العربية وكونه حاويا لكتاب الله تعالى فيما يتعلق بالأحكام وعالما بالحديث متنا وسندا وناسخا ومنسوخا وبالقياس وهذه الشرائط فى المجتهد المطلق الذى يفتى فى جميع الأحكام وأما المجتهد فى حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم مثلا كالاجتهاد فى حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح اه ومراد المصنف هنا الاجتهاد بالمعنى الأول نهر (قوله لتعذره) أى لأنه متعذر الوجود فى كل زمن ، وفى كل بلد فكان شرط الأولوية بمعنى أنه إن وجد فهو الأولى بالتولية فافهم (قوله على أنه) متعلق بمحذوف أى قلنا بالتعذر فى كل زمن بناء على أنه الخ (قوله عند الأكثر) خلافا لما قيل إنه لايخلو عنه زمن وتمام ذلك فى كتب الأصول (قوله فصح تولية العامى) الأولى فى التفريع أن يقال : فصح تولية المقلد ، لأنه مقابل المجتهد ثم إن المقلد يشمل العامى ، ومن له تأهل فى العلم والفهم ، وعن ابن الغرس الثانى قال وأقله أن يحسن بعض الحوادث ، والمسائل الدقيقة وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب ، وصدور المشايخ وكيفية الايراد ، والإصدار فى الوقائع والدعاوى ، والحجج ونازعه فى النهر ورجح أن المراد الجاهل لتعليلهم بقولهم لأن إيصال الحق إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره قال فى الحواشى اليعقوبية : إذ المحتاج إلى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء اه ونحوه فى البحر عن العناية وكذا رجحه ابن الكمال :

قلت : وفيه للبحث مجال فإن المفتى عند الأصوليين هو المجتهد كما يأتى فيصير المعنى أنه لايشترط فى القاضى أن يكون مجتهدا لأنه يكفيه العمل باجتهاد غيره : ولا يلزم من هذا أن يكون عاميا لكن قد يقال إن الاجتهاد كما تعذر فى القاضى تعذر فى المفتى الآن فإذا احتاج إلى السؤال عمن ينقل الحكم من الكتب يلزم أن يكون غير قادر على ذلك تأمل (قوله المفتى يفتى بالديانة) مثلا إذا قال رجل : قلت لزوجتى أنت طالق قاصدا بذلك الإخبار كاذبا فإن المفتى يفتيه بعدم الوقوع والقاضى يحكم عليه بالوقوع لأنه يحكم بالظاهر ، فإذا كان القاضى يحكم بالفتوى يلزم بطلان حكمه فى مثل ذلك ، فدل على أنه لايمكنه القضاء بالفتوى فى كل حادثة ، وفيه نظر فإن القاضى إذا سأل المفتى عن هذه الحادثة لا يفتيه بعدم الوقوع لأنه إنما سأله عما يحكم به ، فلابد أن يبين له حكم القضاء فعلم أن ما فى البزازية لاينافى قولهم يحكم بفتوى غيره (قوله فى الدماء والفروج) أى وفى الأموال لكن خصهما بالذكر لأنه لايمكن فيهما الاستباحة بوجه بخلاف المال ولقصد التهويل فإن الحاكم الذى يجرى أحكامه فى ذلك لابد أن يكون عالما دينا

كالكبريت الأحمر وأين الكبريت الأحمر وأين العلم (ومثله) فيما ذكر (المفتي) وهو عند الأصوليين المجتهد أما من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت وفتواه ليس بفتوى بل هو نقل كلام كما بسطه ابن الهمام (ولا يطلب القضاء) بقلبه (ولا يسأله بلسانه) في الخلاصة طالب الولاية لا يولى إلا إذا تعين عليه القضاء

(قوله كالكبريت الأحمر) معدن عزيز الوجود والجار والمجرور متعلق بمحذوف على أنه حال أو خبر لمبتدأ محذوف (قوله وأين العلم) عبارة البزازية وأين الدين والعلم:

مطلب طريق التنقل عن المجتهد

(قوله بل هو نقل كلام) وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين: إما أن يكون له سند فيه، أو يأخذ من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن، ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين، لأنه بمنزلة الخبر المتواتر المشهور هكذا ذكر الرازي، فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول: نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فتح. وأقره في البحر والنهر والمنح:

قلت: يلزم على هذا أن لا يجوز الآن النقل من أكثر الكتب المطولة من الشروح، أو الفتاوى المشهورة أسماؤها لكنها لم تتداولها الأيدي حتى صارت بمنزلة الخبر المتواتر المشهور لكونها لا توجد إلا في بعض المدارس أو عند بعض الناس كالمبسوط والمحيط والبدائع. وفيه نظر بل الظاهر أنه لا يلزم التواتر بل يكفي غلبة الظن بكون ذلك الكتاب هو المسمى بذلك الاسم بأن وجد العلماء ينقلون عنه، ورأى ما نقلوه عنه موجودا فيه أو وجد منه أكثر من نسخة، فإنه يغلب على الظن أنه هو ويدل على ذلك قوله إما أن يكون له سند فيه أي فيما ينقله والسند لا يلزم تواتره ولا شهرته، وأيضا قدمنا أن القاضي إذا أشكل عليه أمر يكتب فيه إلى فقهاء مصر آخر وأن المشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية ولا شك أن احتمال التزوير في هذا الكتاب اليسير أكثر من احتماله في شرح كبير بخط قديم، ولا سيما إذا رأى عليه خط بعض العلماء، فيتعين الاكتفاء بغلبة الظن، لئلا يلزم هجر معظم كتب الشريعة من فقه وغيره لاسيما في مثل زماننا والله سبحانه أعلم (قوله ولا يطلب القضاء) لما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من سأل القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه ينزل إليه ملك يسدده» وأخرج البخاري قال صلى الله عليه وسلم «يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أوتيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها» وإذا كان كذلك وجب أن لا يحل له لأنه معلوم وقوع الفساد منه لأنه مخذول فتح ملخصا (قوله بقلبه) أراد بهذا أن يفرق بين الطلب والسؤال فالأول للقلب والثاني للسان كما في المستصفى وتمامه في النهر (قوله في الخلاصة الخ) أفاد أنه كما لا يحل الطلب لا تحل التولية كما في النهر وأن ذلك لا يختص بالقضاء بل كل ولاية ولو خاصة كولاية على وقف أو يتيم فهي كذلك كما في البحر (قوله إلا إذا تعين عليه القضاء الخ) استثناء مما في المتن ومما في الخلاصة، أما إذا تعين بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين، ودفعا لظلم الظالمين ولم أر حكم ما إذا تعين، ولم يول إلا بمال هل يحل بذله وكذا لم أر جواز عزله، وينبغي أن يحل بذله للمال كما حل طلبه وأن يحرم عزله حيث تعين، وأن لا يصح بحر قال في النهر: هذا ظاهر في صحة توليته وإطلاق المصنف يعني قوله: ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا يرده وأما عدم صحة عزله فممنوع قال في الفتح للسلطان أن يعزل القاضي بريبة، وبلا ريبة ولا ينعزل حتى

أو كانت التولية مشروطة له أو ادعى أن العزل من القاضى الأول بغير جنحة نهر: قال: واستحب الشافعية والمالكية طلب القضاء لخامل الذكر لنشر العلم (ويختار) المقلد (الأقدر والأولى به ولا يكون فظا غليظا جبارا عنيدا) لأنه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى إطلاق اسم خليفة الله خلاف تتارخانية (وكره) تحريما (التقلد) أى أخذ القضاء (لمن خاف الحيف) أى الظلم (أو العجز) يكفى أحدهما فى الكراهة ابن كمال (وإن تعين له أو أمنه لا) يكره فتح ثم إن انحصر فرض عينا وإلا كفاية بحر

يبلغه العزل اه: نعم لو قيل لايحل عزله فى هذه الحالة لم يبعد كالوصى العدل اه.

قلت: وأيضا حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال فإذا منعه السلطان أثم بالمنع، لأنه إذا منع الأولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين كما مر فى الحديث، وإذا منعه لم يبق واجبا عليه، فبأى وجه يحل له دفع الرشوة وقد قال بعض علمائنا: إن فرضية الحج تسقط بدفع الرشوة إلى الأعراب كما قدمناه فى بابه فهذا أولى كما لايخفى. وأما صحة عزله فظاهرة لأنه وكيل عن السلطان وإنه بعزله لايلزم منه عدم صحة العزل كالوصى العدل المنصوب من جهة القاضى، وأما المنصوص من جهة الميت، فالمعتمد عدم صحة عزله لكن الفرق بينه وبين مانحن فيه أن الوصى خليفة الميت فليس للقاضى عزله وأما القاضى فهو خليفة عن السلطان وولايته مستمدة منه فله عزله كوصى القاضى هذا ماظهر لى (قوله أو كانت التولية مشروطة له) ذكره فى النهر بحثا معللا بأنه حينئذ يطلب تنفيذ شرط الواقف اه.

قلت: وهذا فى الحقيقة ليس طالبا من القاضى أن يوليه، لأنه متول بالشرط، بل يريد إثبات ذلك فى وجه من يعارضه ومثله وصى الميت إذا أراد إثبات وصايته وبهذا سقط قوله فى البحر إن ظاهر كلامهم أنه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لإطلاقهم اه (قوله أو ادعى الخ) أى فإن له طلب العود من القاضى الجديد وحين ذلك يقول له القاضى: أثبت أنك أهل للولاية ثم يوليه نص عليه الخصاف نهر (قوله لخامل الذكر) هو بالخاء المعجمة غير المشهور (قوله ويختار المقلد) بصيغة اسم الفاعل وقدمنا قبيل قوله وشرط أهليتها عن الفتح من له ولاية التقليد، والظاهر أن هذا الاختيار واجب لئلا يكون خائنا لله ورسوله وعامة المؤمنين كما مر فى الحديث (قوله ولا يكون فظا الخ) الفظ هو الجافى سيئ الخلق والغليظ قاسى القلب والجبار من يجبره على الأمر بمعنى أجبره أى لايجبر غيره على مالايريد والعنيد المعاند المجانب للحق المعادى لأهله بحر عن مسكين (قوله لأنه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم) أى فى إمضاء الأحكام الشرعية (قوله أى أخذ القضاء) هذا يناسب كون العبارة التقلد قال فى البحر وهما نسختان أى فى الكنز التقليد أى النصب من السلطان والتقلد أى قبول تقليد القضاء وهى الأولى اه، وهى التى شرح عليها المصنف وقال أيضا إنها أولى ه

قلت: ويمكن إرجاع الأولى إلى الثانية بتقدير مضاف أى قبول التقليد، وهو معنى قول الشارح أى أخذ القضاء (قوله لمن خاف الحيف) فلو كان غالب ظنه أنه يجور فى الحكم ينبغى أن يكون حراما بحر (قوله أو العجز) يحتمل أن يراد به العجز عن سماع دعاوى كل الخصوم بأن قدر على البعض فقط وأن يراد العجز عن القيام بواجباته من إظهار الحق وعدم أخذه الرشوة فعلى الأول هو مباين وعلى الثانى أعم تأمل (قوله ابن كمال) أى نقلا عن القدورى (قوله وإن تعين له) أى مع خوف الحيف قال فى الفتح ومحل الكراهة ما إذا لم يتعين عليه فإن انحصر صار فرض عين عليه، وعليه ضبط نفسه إلا إذا كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك اه.

(والتقلد رخصة) أى مباح (والترك عزيمة عند العامة) بزازية فالأولى عدمه (ويحرم على غير الأهل الدخول فيه قطعا) من غير تردد فى الحرمة ففيه الأحكام الخمسة (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) ولو كافرا ذكره مسكين وغيره إلا إذا كان يمنعه عن القضاء بالحق فيحرم ولو فقد وال لغلبة كفار وجب على

مطلب للسلطان أن يقضى بين الخصمين

وهذا صريح فى أن للسلطان أن يقضى بين الخصمين ، وقدمنا التصريح به عن ابن الغرس عند قوله وحاكم. قال الرملى وفى الخلاصة وفى النوازل : أنه لا ينفذ وفى أدب القاضى للخصاف ينفذ وهو الأصح ، وقال القاضى الإمام ينفذ وهذا أصح وبه يفتى اه :

[تنبيه] لو تعين عليه هل يجبر على القبول لو امتنع قال فى البحر : لم أره والظاهر نعم وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين اه لكن صرح فى الاختيار بأن من تعين له يفترض عليه ولو امتنع لا يجبر عليه (قوله والتقلد) أى الدخول فيه عند الأمن وعدم التعين .

مطلب ما كان فرض كفاية يكون أدنى فعله الندب

(قوله والترك عزيمة الخ) هو الصحيح كما فى النهر عن النهاية ، وبه جزم فى الفتح معللا بأن الغالب خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال ، فيظهر منه خلافه ، وقيل : إن الدخول فيه عزيمة والامتناع رخصة ، فالأولى الدخول فيه قال فى الكفالة فإن قيل : إذا كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما فى صلاة الجنازة ونحوها قلنا نعم كذلك إلا أن فيه خطرا عظيما ، وأمرا مخوفا لا يسلم فى بحره كل سابح ، ولا ينجو منه كل طامح إلا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده .

مطلب أبو حنيفة دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى

ألا ترى أن أبا حنيفة دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب فى كل مرة ثلاثين سوطا ، فلما كان فى المرة الثالثة قال حتى أستشير أصحابى ، فاستشار أبا يوسف فقال لو تقلدت لنفعت الناس فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى نظر المغضب ، وقال : أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكأنى بك قاضيا ، وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد اه (قوله ويحرم على غير الأهل) الظاهر أنه ليس المراد بالأهل هنا مامر فى قوله : وأهله أهل الشهادة لأن المراد به من تصح توليته ولو فاسقا أو جائرا أو جاهلا مع قطع النظر عن حله أو حرمته ، بل المراد به هنا مامر فى قوله : وينبغى أن يكون موثوقا به فى عفافه وعقله الخ ، ويحتمل أن يراد به الجاهل تأمل : وفى الفتح وأخرج أبو داود عن بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « القضاة ثلاثة : اثنان فى النار وواحد فى الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو فى الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار فى الحكم فهو فى النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو فى النار » (قوله ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) أى الظالم وهذا ظاهر فى اختصاص تولية القضاء بالسلطان ونحوه كالخليفة ، حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف مالو ولوا سلطانا بعد موت سلطانهم كما فى البزازية نهر وتمامه فيه .

قلت : وهذا حيث لا ضرورة وإلا فلهم تولية القاضى أيضا كما يأتى بعده (قوله ولو كافرا) فى التتارخانية الإسلام ليس بشرط فيه أى فى السلطان الذى يقلد وبلاد الإسلام التى فى أيدى الكفرة لا شك أنها بلاد الإسلام

المسلمين تعيين وال وإمام للجمعة فتح (ومن) سلطان الخوارج و (أهل البغى) وإذا صحت التولية صح العزم وإذا رفع قضاء الباغى إلى قاضى العدل نفذه وقيل لا وبه جزم الناصحى (فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) يعنى السجلات

لابلاد الحرب ، لأنهم لم يظهروافيها حكم الكفر والقضاة مسلمون والملوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون ولو كانت عن غير ضرورة منهم ففساق وكل مصر فيه وال من جهتهم تجوز فيه إقامة الجمع والأعياد ، وأخذ الخراج وتقليد القضاة ، وتزويج الأيامى لاستيلاء المسلم عليه وأما إطاعة الكفر فذاك مخادعة ، وأما بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ويصير القاضى قاضيا بتراضى المسلمين ، فيجب عليهم أن يلتمسوا واليا مسلما منهم اهـ وعزاه مسكين فى شرحه إلى الأصل ونحوه فى جامع الفصولين .

مطلب فى حكم تولية القضاء فى بلاد تغلب عليها الكفار

وفى الفتح : وإذا لم يكن سلطان ، ولا من يجوز التقلد منه كما هو فى بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم ، يجعلونه واليا فيولى قاضيا ويكون هو الذى يقضى بينهم وكذا ينصبوا إماما يصلى بهم الجمعة اهـ . وهذا هو الذى تطمئن النفس إليه فليعتمد نهر والإشارة بقوله : وهذا إلى ماأفاده كلام الفتح من عدم صحة تقلد القضاء من كافر على خلاف مامر عن التتارخانية ، ولكن إذاولى الكافر عليهم قاضيا ورضيه المسلمون صحت توليته بلا شبهة تامل . ثم إن الظاهر أن البلاد التى ليست تحت حكم سلطان بل لهم أمير منهم مستقل بالحكم عليهم بالتغلب أو باتفاقهم عليه يكون ذلك الأمير فى حكم السلطان فيصح منه تولية القاضى عليهم (قوله ومن سلطان الخوارج وأهل البغى) تقدم الفرق بينهما فى باب البغاة (قوله صح العزل) فإذا ولى سلطان البغاة باغيا وعزل العدل ، ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضى أهل العدل إلى تجديد التولية نهر (قوله نفذه) أى حيث كان موافقا أو مختلفا فيه كما فى سائر القضاة وهو مصرح به فى فصول العمادى ، ويدل بمفهومه على أن القاضى لو كان من البغاة فإن قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل ، لأن الفاسق يصلح قاضيا فى الأصح ، وذكر فى الفصول ثلاثة أقوال فيه : الأول ما ذكرنا وهو المعتمد الثانى عدم النفاذ ، فإذا رفع إلى العادل لايمضيه الثالث حكمه حكم المحكم يمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله اهـ بحر (قوله وبه جزم الناصحى) لكن قد علمت أن الأول هو المعتمد .

مطلب فى العمل بالسجلات وكتب الأوقاف القديمة

(قوله فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) فى القاموس الديوان ويفتح مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه أهل الجيش ، وأهل العطية وأول من وضعه عمر رضى الله تعالى عنه جمعه دواوين ودياوين اهـ فقوله : مجتمع الصحف بمعنى قول الكنز ، وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرها والخرائط جمع خريطة شبه الكيس ، وقول الشارح : يعنى السجلات تفسير بالمعنى الثانى وقول البحر تبعا لمسكين أن ما فى الكنز مجاز لأن الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس فيه نظر فافهم والسجل لغة : كتاب القاضى والمحاضر جمع محضر وفى الدرر أن المحضر ماكتب فيه ماجرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم ببينة أو نكول على وجه يرفع الاشتباه وكذا السجل والصك ما كتب فيه البيع والرهن والإقرار وغيرها والحجة والوثيقة يتناولان الثلاثة اهـ والعرف الآن ما كتب فى الواقعة وبقى عند القاضى وليس عليه خطه والحجة ما عليه علامة القاضى أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطى

(ونظر فى حال المحبوسين) فى سجن القاضى وأما المحبوسون فى سجن الوالى فعلى الإمام النظر فى أحوالهم فمن لزمه أدب أدبه وإلا أطلقه ولا يبيت أحدا فى قيد إلا رجلا مطلوبا بدم ونفقة من ليس له مال فى بيت المال بحر (فمن أقر) منهم (بحق أو قامت عليه بينة ألزمه) الحبس ذكره مسكين وقيل الحق (وإلا نادى عليه) بقدر مايرى ثم أطلقه بكفيل بنفسه فإن أبى نادى عليه شهرا ثم أطلقه (وعمل فى الودائع وغلات الوقف ببينة أو إقرار)

للخصم بحر ملخصا وإنما يطلبه لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يده من له ولاية القضاء ، وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم إن كانت الأوراق من بيت المال فلا إشكال فى وجوب تسليمها إلى الجديد وكذا لو من مال الخصوم أو من مال القاضى فى الصحيح لأنهم وضعوها فى يد القاضى لعمله وكذا القاضى يحمل على أنه عمل ذلك تدينا لا تمولا وتمامه فى الزيلعى .

[تنبيه] مفاد قول الزيلعى ليكون حجة عند الحاجة ، ومثله فى الفتح أنه يجوز للجديد الاعتماد على سجل المعزول مع أنه يأتى أنه لايعمل بقول المعزول وفى الأشباه لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذى عليه خطوط القضاة الماضين ، لكن قال البيرى المراد من قوله لا يعتمد أى لا يقضى القاضى بذلك عند المنازعة لأن الخط مما يزور ويفتعل كما فى مختصر الظهيرية ، وليس منه ما فى الأجناس بنص وما وجده القاضى بأيدى القضاة الذين كانوا قبله لها رسوم فى دواوين القضاة أجريت على الرسوم الموجودة فى دواوينهم ، وإن كان الشهود الذين شهدوا عليها قد ماتوا قال الشيخ أبو العباس يجوز الرجوع فى الحكم إلى دواوين من كان قبله من الأمناء اه أى لأن سجل القاضى لا يزور عادة ، حيث كان محفوظا عند الأمناء ، بخلاف ماكان بيد الخصم وقدمنا فى الوقف عن الخيرية أنه إن كان للوقف كتاب فى سجل القضاة وهو فى أيديهم اتبع ما فيه استحسانا إذا تنازع أهله فيه ، وصرح أيضا فى الإسعاف وغيره بأن العمل بما فى دواوين القضاة استحسان ، والظاهر أن وجه الاستحسان ضرورة إحياء الأوقاف ونحوها عند تقادم الزمان بخلاف السجل الجديد ، لإمكان الوقوف على حقيقة ما فيه بإقرار الخصم أو البينة ، فلذا لا يعتمد عليه وعلى هذا فقول الزيلعى ، ليكون حجة عند الحاجة معناه عند تقادم الزمان ، وبهذا يتأيد ما قاله المحقق هبة الله البعلى فى شرحه على الأشباه بعد ما مر عن البيرى من أن هذا صريح فى جواز العمل بالحجة ، وإن مات شهودها حيث كان مضمونها ثابتا فى السجل المحفوظ اه لكن لابد من تقييده بتقادم العهد كما قلنا توفيقا بين كلامهم ، ويأتى تمام الكلام على الخط فى باب كتاب القاضى وانظر ماكتبناه فى دعوى تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله ونظر فى حال المحبوسين الخ) بأن يبعث إلى السجن من يعدهم بأسمائهم ثم يسأل عن سبب حبسهم ، ولابد أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم وثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثانى فى حبسهم لأن قوله لم يبق حجة كذا فى الفتح نهر (قوله وإلا أطلقه) أى إن لم يكن له قضية ، وعبارة النهر عن كتاب الخراج لأبى يوسف ، فمن كان منهم من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ، ولزمه أدب أدبه ومن لم يكن له قضية خل سبيله (قوله أو قامت عليه بينة) أعم من أن تشهد بأصل الحق أو بحكم القاضى عليه بحر (قوله ألزمه الحبس) أى أدام حبسه بحر (قوله وقيل الحق) قائله فى الفتح حيث قال : من اعترف بحق ألزمه إياه ورده إلى السجن ، واعترضه فى البحر بأنه لو اعترف بأنه أقر عند المعزول بالزنا لايعتبر لأنه بطل ، بل يستقبل الأمر فإن أقر أربعا فى أربعة مجالس حده اه وفيه أن المتبادر من الحق حق العبد (قوله وإلا) أى وإن لم يقر بشىء ولم تقم عليه بينة بل ادعى أنه حبس ظلما نهر (قوله نادى عليه) ويقول المنادى : من كان يطالب فلان بن فلان الفلانى بحق فليحضر زيلعى (قوله فإن أبى) عن إعطاء الكفيل وقال : لا كفيل لى بحر (قوله نادى عليه شهرا) أى يستأنفه بعد مدة المناداة الأولى (قوله فى الودائع) أى ودائع اليتامى نهر (قوله ببينة) أى يقيمها الوصى مثلا على من هى تحت يده

ذى اليد (ولم يعمل) المولى (بقول المعزول) لالتحاقه بالرعايا وشهادة الفرد لاتقبل خصوصا بفعل نفسه درر ومفاده ردها ولو مع آخر نهر :

قلت : لكن أفتى قارىء الهداية بقبولها وتبعه ابن نجيم فتنبه (إلا أن يقر ذواليد أنه) أى المعزول (سامها) أى الودائع والغلات (إليه فيقبل قوله فيهما) أنها لزيد ألا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار للغير ثم أقر بتسليم القاضى إليه فأقر القاضى بأنها لآخر فيسلم للمقر له الأول ويضمن المقر قيمته أو مثله للقاضى بإقراره الثانى يسلمه لمن أقر له

أنها ليتيم فلان أو ناظر الوقف أن هذه الغلة لوقف فلان ، وكأنه مبنى على عرفهم من أن الكل تحت يد أمين القاضى ، وفى زماننا أموال الأوقاف تحت يد نظارها وودائع اليتامى تحت يد الأوصياء ، ولو فرض أن المعزول وضع ذلك تحت يد أمين عمل القاضى بما ذكر نهر (قوله المولى) بتشديد اللام المفتوحة أى القاضى الجديد (قوله درر) ومثله فى الهداية وغيرها (قوله ومفاده) أى مفاد قوله خصوصا بفعل نفسه ، وأصل البحث لصاحب البحر ، وقد رأيته صريحا فى كافى الحاكم ونصه وإذا عزل عن القضاء ، ثم قال : كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله فيه وإن شهد مع آخر لم تقبل شهادته حتى يشهد شاهدان سواه اه ومثله فى القهستانى عن المبسوط (قوله وتبعه ابن نجيم) أى فى فتاواه وأما ما ذكره فى بحره ، فقد علمت موافقته لما فى النهر وعبارة فتاواه التى رتبها له تلميذه المصنف هكذا سئل عن الحاكم إذا أخبرحاكما آخر بقضية هل يكتفى باخباره ، ويسوغ له الحكم بذلك أم لابد من شاهد آخر معه ؟ أجاب : لا يكتفى بإخباره ولابد من شاهد آخر معه قال المرتب لهذه الفتاوى ، وقد تبع شيخنا فى ذلك ما أفتى به الشيخ سراج الدين قارىء الهداية ولا شك أن هذا قول محمد ، وأن الشيخين قالا بقبول إخباره عن إقراره بشىء مطلقا إذا كان لا يصح رجوعه عنه ، ووافقهما محمد ثم رجع عنه وقال : لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه وهو المراد بقول من روى عنه أنه لا يقبل مطلقا ، ثم صح رجوعه قولهما كما فى البحر ثم قال : وأما إذا أخبر القاضى باقراره عن شىء يصح رجوعه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة ، وعدلوا أو قبلت شهادتهم على ذلك يقبل فى الوجهين جميعا انتهى كلامه انتهى مافى الفتاوى :

أقول : وحاصله أن القاضى لو أخبر عن إقرار رجل بما لا يصح رجوعه عنه كبيع أو قرض مثلا يقبل عندهما مطلقا ووافقهما محمد أولا ثم رجع وقال لا يقبل ما لم يشهد معه آخر ثم صح رجوعه إلى قولهما بالقبول مطلقا كما لو أخبر عن حكمه بثبوت حق بالبينة ، فعلى هذا لم يبق خلاف فى قبول قول القاضى ، ولا يخفى أن كلامنا فى المعزول وهذا فى المولى كما يعلم من شرح أدب القضاء وكذا مما سيأتى قبيل كتاب الشهادات عند قوله ولو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرجم الخ وبه يشعر أصل السؤال حيث عبر بالحاكم وعبارة قارىء الهداية كذلك وبه علم أن الاستدراك على مافى النهر فى غير محله (قوله فيقبل قوله) أى قول المعزول وشمل ثلاث صور ماإذا قال ذو اليد بعد إقرار بتسليم القاضى المعزول إليه أنها لزيد الذى أقر له المعزول أوقال : إنها لغيره أو قال لاأدرى لأنه فى هذه الثلاث ثبت باقراره أنه مودع المعزول ، ويد المودع كيده فصار كأنه فى يد المعزول فيقبل إقراره به كما فى الزيلعى بخلاف ما إذا أنكر ذو اليد التسليم فإنه لا يقبل قول المعزول كما فى البحر (قوله فيسلم للمقر له الأول) لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو فى يده فلما قال دفعه إلى القاضى فقد أقر أن اليد كانت للقاضى ، والقاضى يقر به لآخر فيصير هو باقراره متلفا لذلك على من أقر له القاضى فتح ثم قال فرع يناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضى قضى لفلان على فلان بكذا ، وقال القاضى : لم أقض بشىء لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضى وعند محمد تقبل وينفذ ذلك اهوقدمنا عن البحر أنه فى جامع الفصولين رجح

القاضى (ويقضى فى المسجد) ويختار مسجدا فى وسط البلد تيسيرا للناس ويستدبر القبلة كخطيب ومدرس خالية وأجرة المحضر على المدعى هو الأصح بحر عن البزازية وفى الخانية على المتمرد وهو الصحيح وكذا السلطان والمفتى والفقيه (أو) فى (داره) ويأذن عموما (ويرد هدية) التنكير للتقليل ابن كمال : وهى مايعطى بلا شرط إعانة بخلاف الرشوة ابن ملك ولو تأذى المهدى بالرد يعطيه مثل قيمتها خلاصة ولو تعذر الرد لعدم معرفته أو بعد مكانه وضعها فى بيت المال ومن خصوصياته عليه الصلاة والسلام أن هداياه له تتارخانية مفاده أنه ليس للإمام قبول الهدية وإلا لم تكن خصوصية وفيها يجوز للإمام والمفتى والواعظ قبول الهدية لأنه إنما يهدى إلى العالم لعلمه بخلاف

قول محمد لفساد الزمان (قوله ويقضى فى المسجد) وبه قال أحمد ومالك فى الصحيح عنه خلافا للشافعى له أن القضاء بحضرة المشرك وهو نجس بالنص وقد طال فى الفتح فى الاستدلال للمذهب ثم قال : وأما نجاسة المشرك ففى الاعتقاد على معنى التشبيه ، والحائض يخرج إليها أو يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى فى دابة وتمام الفروع فيه وفى البحر (قوله ويستدبر) أى ندبا كما فى الذى قبله ط .

مطلب فى أجرة المحضر

(قوله وأجرة المحضر الخ) بضم أوله وكسر ثالثه هو من يحضر الخصم ، وعبارة البحر هكذا وفى البزازية : ويستعين بأعوان الوالى على الاحضار وأجرة الأشخاص فى بيت المال وقيل على المتمرد فى المصر من نصف درهم إلى درهم وفى خارجه لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة وأجرة الموكل على المدعى وهو الأصح وفى الذخيرة أنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعى عليه اهـ والإشخاص بالكسر بمعنى الإحضار فقد فرق بين المحضر وبين الملازم ، وهذا غير مانقله الشارح فتأمل . وفى منية المفتى مؤنة المشخص قيل فى بيت المال وفى الأصح على المتمرد اهـ وهذا ما فى الخانية .

والحاصل : أن الصحيح أن أجرة المشخص بمعنى الملازم على المدعى وبمعنى الرسول المحضر على المدعى عليه لو تمرد بمعنى امتنع عن الحضور وإلا فعلى المدعى هذا خلاصة ما فى شرح الوهبانية (قوله أو فى داره) لأن العبادة لا تتقيد بمكان والأولى أن تكون الدار فى وسط البلد كالمسجد نهر .

مطلب فى هدية القاضى

(قوله ويرد هدية) الأصل فى ذلك ما فى البخارى ، عن أبى حميد الساعدى قال « استعمل النبى صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال : هذا لكم ، وهذا لى قال عليه الصلاة والسلام : هلا جلس فى بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا » قال عمر بن عبد العزيز : كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخارى ، واستعمل عمر أبا هريرة فقدم بمال فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر أى عدو الله هلا قعدت فى بيتك ، فتنظر أيهدى لك أم لا فأخذ ذلك منه ، وجعله فى بيت المال وتعليل النبى صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية فتح قال فى البحر : وذكر الهدية ليس احترازيا إذ يحرم عليه الاستقراض والإستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما فى الخانية اهـ .

قلت : ومقتضاه أنه يحرم عليه سائر التبرعات ، فتحرم المحاباة أيضا ولذا قالوا له أخذ أجرة كتابة الصك بقدر أجر المثل ، فإن مفاده أنه لا يحل له أخذ الزيادة لأنها محاباة وعلى هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشىء يسير أو بيع الصك بشىء كثير لا يحل وكذا ما يفعله بعضهم حين أخذ المحصول من أنه يبيع به الدافع دواة أو سكينا أو نحو ذلك لا يحل لأنه إذا حرم الاستقراض والاستعارة فهذا أولى (قوله وهى الخ) عزاه فى الفتح إلى شرح الأقطع (قوله وضعها فى بيت المال) أى إلى أن يحضر صاحبها فتدفع له بمنزلة اللقطة كما فى الفتح (قوله وفيها الخ)

. . . .

أى فى التتارخانية وهذا مخالف لما ذكره أولا فيها فى حق الإمام ويؤيد الأول ما مر عن الفتح من أن تعليل النبى صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية وكذا قوله وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه فى الهدية حكم القاضى اهـ :

مطلب فى حكم الهدية للمفتى

واعترضه فى البحر بما ذكره الشارح عن التتارخانية وبما فى الخانية من أنه يجوز للإمام والمفتى قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة ثم قال إلا أن يراد بالإمام إمام الجامع : أى وأما الإمام بمعنى الوالى فلا تحل الهدية فلا منافاة وهذا هو المناسب للأدلة ولأنه رأس العمال قال فى النهر : والظاهر أن المراد بالعمل ولاية ناشئة عن الإمام أو نائبه كالساعى والعاشر اهـ :

قلت : ومثلهم مشايخ القرى والحرف وغيرهم ممن لهم قهر وتسلط على من دونهم فإنه يهدى إليهم خوفا من شرهم أو ليروج عندهم وظاهر قوله ناشئة عن الإمام الخ دخول المفتى إذا كان منصوبا من طرف الإمام أو نائبه ، لكنه مخالف لاطلاقهم جواز قبول الهدية له وإلا لزم كون إمام الجامع والمدرس المنصوبين من طرف الإمام كذلك إلا أن يفرق بأن المفتى يطلب منه المهدى المساعدة على دعواه ونصره على خصمه فيكون بمنزلة القاضى لكن يلزم من هذا الفرق أن المفتى لو لم يكن منصوبا من الإمام يكون كذلك فيخالف ما صرحوا به من جوازها للمفتى فإن الفرق بينه وبين القاضى واضح فإن القاضى ملزم وخليفة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تنفيذ الأحكام فأخذه الهدية يكون رشوة على الحكم الذى يؤمله المهدى ويلزم منه بطلان حكمه والمفتى ليس كذلك وقد يقال : إن مرادهم بجوازها للمفتى إذا كانت لعلمه لا لاعانته للمهدى بدليل التعليل الذى نقله الشارح فإذا كانت لاعانته صدق عليها حد الرشوة لكن المذكور فى حدها شرط الإعانة وقدمنا عن الفتح عن الأقضية أنه لو أهداه ليعينه عند السلطان بلا شرط لكن يعلم يقينا أنه إنما يهدى ليعينه فمشايخنا على أنه لا بأس به الخ وهذا يشمل ما إذا كان من العمال أو غيرهم :

وعن هذا قال فى جامع الفصولين القاضى لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضيا لا يهدى إليه ويكون ذلك بمنزلة الشرط ثم قال أقول : يخالفه ما ذكر فى الأقضية الخ .

قلت : والظاهر عدم المخالفة لأن القاضى منصوص على أنه لا يقبل الهدية على التفصيل الآتى فما فى الأقضية مفروض فى غيره فيحتمل أن يكون المفتى مثله فى ذلك ويحتمل أن لا يكون والله سبحانه أعلم بحقيقة الحال ، ولا شك أن عدم القبول هو المقبول ورأيت فى حاشية شرح المنهج للعلامة محمد الداودى الشافعى مانصه قال ع ش : ومن العمال مشايخ الأسواق والبلدان ، ومباشرو الأوقاف وكل من يتعاطى أمرا يتعلق بالمسلمين انتهى قال م ر فى شرحه : ولا يلحق بالقاضى فيما ذكر المفتى والواعظ ، ومعلم القرآن والعلم لأنهم ليس لهم أهلية الإلزام ، والأولى فى حقهم إن كانت الهدية ، لأجل ما يحصل منهم من الإفتاء والوعظ والتعليم عدم القبول ليكون علمهم خالصا لله تعالى ، وإن أهدى إليهم تحببا وتوددا لعلمهم وصلاحهم فالأولى القبول وأما إذا أخذ المفتى الهدية ليرخص فى الفتوى فإن كان بوجه باطل فهو رجل فاجر يبدل أحكام الله تعالى ، ويشترى بها ثمنا قليلا وإن كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة شديدة انتهى هذا كلامه وقواعدنا لا تأباه ، ولا حول ولا قوة إلا بالله وأما إذا أخذ لا ليرخص له بل لبيان الحكم الشرعى ، فهذا ما ذكره أولا وهذا إذا لم يكن بطريق الأجرة بل مجرد هدية لأن

القاضى (إلا من) أربع السلطان والباشا أشباه وبحرو (قريبه) المحرم (أو ممن جرت عادته بذلك) بقدر عادته ولا خصومة لهما درر (و) يرد إجابة (دعوة خاصة وهى التى لايتخذها صاحبها لولا حضور القاضى) ولو من محرم ومعتاد وقيل : هى كالهدية وفى السراج وشرح المجمع ولا يجيب دعوة خصم

أخذ الأجرة على بيان الحكم الشرعى لا يحل عندنا ، وإنما يحل على الكتابة لأنها غير واجبة عليه والله سبحانه أعلم (قوله السلطان والباشا) عزاه فى الأشباه إلى تهذيب القلانسى قال الحموى : وفيه فصول إذ لايشمل القاضى الذى يتولى منه ، وهو قاضى العسكر لقضاة الأقطار وعبارة القلانسى ، ولا يقبل الهدية إلا من ذى رحم محرم أو وال يتولى الأمر منه أو وال مقدم الولاية على القضاة ومعناه أنه يقبل الهدية من الوالى الذى تولى القضاء منه وكذا من وال مقدم عليه فى الرتبة فإنه يشمل القاضى الذى تولى منه والباشا ووجهه أن منع قبولها إنما هو للخوف من مراعاته لأجلها وهو إن راعى الملك ونائبه لم يزاعه لأجلها (قوله المحرم) هذا القيد لابد منه ليخرج ابن العم نهر (قوله أو ممن جرت عادته بذلك) قال فى الأشباه : ولم أر بماذا تثبت العادة ونقل الحموى عن بعضهم إنها تثبت بمرة ، ثم إن ظاهر العطف أن قبولها من القريب غير مقيد بجرى العادة منه ، وهو ظاهر إطلاق القدورى والهداية وفى النهاية عن شيخ الإسلام أنه قيد فيه أيضا وتمامه فى النهر (قوله بقدر عادته) فلو زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدى قد زاد ، فبقدر ما زاد ماله إذا زاد فى الهدية لا بأس بقبولها فتح قال فى الأشباه : وظاهر كلامه أنه زاد فى القدر ، فلو فى المعنى كأن كانت عادته إهداء ثوب كتان فأهدى ثوبا حريرا لم أره لأصحابنا ، وينبغى وجوب رد الكل لا بقدر ما زاد فى قيمته لعدم تمييزها ونظر فيه فى حواشى الأشباه :

[تنبيه] فى الفتح : ويجب أن تكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضى إن كان المستقوض له عادة قبل استقراضه فللمقرض أن يقبل منه قدر ماكان يهديه بلا زيادة اه .

قال فى البحر : وهو سهو والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا اه وأجاب المقدسى بأن كلام المحقق فى الفتح مبنى على مقتضى الدليل (قوله ولا خصومة لهما) فإن قبلها بعد انقطاع الخصومة جاز ابن ملك وذكره فى النهر بحثا وفى ط عن الحموى إلا أن يكون ممن لاتتناهى خصوماته كنظار الأوقاف ومباشريها اه :

قال فى البحر : والحاصل أن من له خصومة لايقبلها مطلقا ومن لا خصومة له فإن كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد وإلا فلا اه أى سواء كان محرما أو غيره على مامر عن شيخ الإسلام (قوله دعوة خاصة) الدعوة إلى الطعام بفتح الدال عند أكثر العرب وبعضهم يكسرها كما فى المصباح ، فلو عامة له حضورها لولا خصومة لصاحبها كما فى الفتح (قوله وهى الخ) هذا هو المصحح فى تفسيرها وقيل العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة ، وقيل إن كانت لخمسة إلى عشرة فخاصة وإن لأكثر فعامة وتمامه فى البحر والنهر (قوله وقيل هى كالهدية) ظاهر الفتح اعتماده فإنه قال بعد كلام فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب فى الهدية والضيافة ، وكذا قال فى البحر الأحسن أن يقال ولا يقبل هدية ودعوة خاصة إلا من محرم أو ممن له عادة فإن للقاضى أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبى له عادة باتخاذها كالهدية فلو كان من عادته الدعوة له فى كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه ولو اتخذ له طعاما أكثر من الأول لا يجيبه إلا أن يكون ماله قد زاد كذا فى التتارخانية اه (قوله ولا يجيب دعوة خصم) هو ما ذكره فى شرح المجمع لابن ملك ، وقدمناه عن الفتح ، وقوله وغير معتاد هو ماذكره فى السراج كما عزاه إليه المصنف فى المنح وهذا لا يناسب القيل المذكور قبله ، لأنه يلزم أن تكون العامة كالخاصة

وغير معتاد ولو عامة للتهمة (ويشهد الجنازة ويعود المريض) إن لم يكن لها ولا عليهما دعوى شرنبلالية عن البرهان (ويسوى) وجوبا (بين الخصمين جلوسا وإقبالا وإشارة ونظرا ويمتنع من مسارة أحدهما والاشارة إليه) ورفع صوته عليه (والضحك فى وجهه) وكذا القيام له بالأولى (وضيافته) نعم لو فعل ذلك معهما معا جاز نهر (ولا يمزح) فى مجلس الحكم (مطلقا) ولو لغيرهما للذهاب بمهابته (ولا يلقنه حجته) وعن الثانى لا بأس به عينى (ولا) يلقن (الشاهد شهادته) واستحسنه أبو يوسف فيما لا يستفيد به زيادة علم والفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته بزازية فى الولوالجية حكى أن أبا يوسف وقت موته قال: اللهم إنك تعلم أنى لم أمل إلى أحد الخصمين

وهو خلاف تقييدهم المنع بالخاصة فقط تأمل (قوله ويعود المريض) إلا أنه لا يطيل المكث عنده بحر (قوله إن لم يكن لها ولا عليهما دعوى) الذى فى الفتح وغيره الاقتصار على ذكر المريض تأمل (قوله ويسوى وجوبا بين الخصمين الخ) إطلاقه يعم الصغير والكبير والخليفة والرعية والدنىء والشريف والأب والابن والمسلم والكافر إلا إذا كان المدعى عليه هو الخليفة ينبغى للقاضى أن يقوم من مقامه ، وأن يجلسه مع خصمه ، ويقعد هو على الأرض ثم يقضى بينهما ولا ينبغى أن يجلس أحدهما عن يمينه ، والآخر عن يساره لأن لليمين فضلا ولذا كان النبى صلى الله عليه وسلم يخص به الشيخين بل المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه كالمتعلم بين يدى معلمه ، ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحوهما ولا يمكنهما من التربع ونحوه ، ويكون أعوانه قائمة بين يديه وأما قيام الأخصام بين يديه فليس معروفا ، وإنما حدث لما فيه من الحاجة إليه والناس مختلفو الأحوال والأدب وقد حدث فى هذا الزمان أمور وسفهاء ، فيعمل القاضى بمقتضى الحال كذا فى الفتح يعنى فنهم من لا يستحق الجلوس بين يديه ، ومنهم من يستحق فيعطى كل إنسان ما يستحقه بقى مالو كان أحدهما يستحقه دون الآخر وأى الآخر إلا القيام لم أر المسألة وقياس ما فى الفتح أن القاضى لا يلتفت إليه نهر (قوله وإقبالا) أى نظرا قهستانى والأولى تفسيره بالتوجيه إليه صورة أو معنى لئلا يتكرر بما بعده (قوله ويمتنع من مساواة أحدهما) أى يجتنب التكلم معه خفية وكذا القائم بين يديه كما فى الولوالجية وهو الجلواز الذى يمنع الناس من التقدم إليه بل يقيمهم بين يديه على البعد ومعه سوط والشهود يقربون نهر (قوله والإشارة إليه) مستدرك بما قبله ط (قوله ورفع صوته عليه) ينبغى أن يستثنى ما لوكان بسبب كإساءة أدب ونحوه (قوله لو فعل ذلك) أى الضيافة :

وقال فى النهر أيضا وقياسه أنه لو سارهما أو أشار إليهما معا جاز (قوله ولا يمزح) أى يداعب فى الكلام من باب نفع (قوله فى مجلس الحكم) أما فى غيره فلا يكثر منه لأنه يذهب بالمهابة بحر (قوله عينى) عبارته وعن الثانى فى رواية والشافعى فى وجه لا بأس بتلقين الحجة اه وظاهره ضعفها ، بل ظاهر الفتح أن هذا فى تلقين الشاهد لا الخصم كما يأتى نعم فى البحر عن الخانية ، ولو أمر القاضى رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول أبى يوسف (قوله واستحسنه أبو يوسف) قال فى الفتح وعن أبى يوسف وهو وجه للشافعى لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه فى غير موضع التهمة ، أما فيها بأن ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضى يحتمل أنه أبرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به فى شهادته كما وفق القاضى ، فهذا لا يجوز بالاتفاق كما فى تلقين أحد الخصمين اه ثم ذكر أن ظاهر الهداية ترجيح قول أبى يوسف اه :

وحكاية الرواية فى تلقين الشاهد والاتفاق فى تلقين أحد الخصمين ينفى ما مر عن العينى تأمل (قوله لزيادة تجربته) قدمنا عن الكفاية أن محمدا تولى القضاء أيضا وذكر عبد القادر فى طبقاته أن الرشيد ولاه قضاء الرقة ثم عزله وولاه قضاء الرى اه والظاهر أن مدته لم تطل ولذا لم يشتهر بالقضاء كما اشتهر أبو يوسف ، فلم يحصل له من التجربة

حتى بالقلب إلا فى خصومة نصرانى مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى اه .

قلت : ومفاده أن القاضى يقضى على من ولاه وفى الملتقى ويصح لمن ولاه وعليه وسيجىء :

[فروع] فى البدائع من جملة أدب القاضى أنه لايكلم أحد الخصمين بلسان لايعرفه الآخر .

وفى التتارخانية : والأحوط أن يقول للخصمين أحكم بينكما حتى إذا كان فى التقليد خلل يصير حكما بتحكيمهما :

قضى بحق ثم أمره السلطان بالاستئناف بمحضر من العلماء لم يلزمه بزازية :

طلب المقضى عليه نسخة السجل من المقضى له ليعرضه على العلماء أهو صحيح أم لا فامتنع ألزمه القاضى بذلك جواهر الفتاوى وفى الفتح متى أمكن إقامة الحق بلا إيغار صدور كان أولى .

وهل يقبل قصص الخصوم إن جلس للقضاء لا وإلا أخذها ولا يأخذ بما فيها إلا إذا أقر بلفظه صريحا .

فصل فى الحبس

هو مشروع بقوله تعالى - أو ينفوا من الأرض - وحبس عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة فى المسجد ،

ما حصل لأبى يوسف ، لأنه كان قاضى المشرق والمغرب وزيادة التجربة تفيد زيادة علم قال الحموى قال مجد الأئمة الترجمانى والذى يؤيده ما ذكره فى الفتاوى أن أبا حنيفة كان يقول الصدقة أفضل من حج التطوع ، فلما حج وعرف مشاقه رجع وقال الحج أفضل اه (قوله حتى بالقلب) أى لم يحصل منه ميل قلبه إلى عدم التسوية بين الخصمين بقرينة الاستثناء (قوله قلت ومفاده الخ) قال فى الفتح والدليل عليه قضية شريح مع على فإنه قام وأجلس عليا بمجلسه اه (قوله وسيجىء) أى فى آخر باب كتاب القاضى (قوله بلسان لا يعرفه الآخر) لأنه كالمسارة (قوله أحكم بينكما) أى ويقولان نعم احكم بيننا (قوله لم يلزمه) أفاد أنه لو استأنف براءة لعرضه لا بأس به (قوله نسخة السجل) أى كتاب القاضى الذى فيه حكمه المسمى الآن بالحجة (قوله ألزمه القاضى بذلك) الظاهر أن الإشارة للعرض على العلماء لأن السجل أى الحجة لو كان ملكه لا يلزمه دفعه للمقضى عليه تأمل (قوله وفى الفتح الخ) حيث قال وفى المبسوط ما حاصله أنه ينبغى للقاضى أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته ، ولكن الحكم فى الشرع كذا يقتضى القضاء عليه فلم يمكن غيره ، ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ، ونسبته إلى أنه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برىء ، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى اه وفى الصحاح : الوغر شدة توقد الحر ومنه : قيل فى صدره على وغر بالتسكين أى ضغن وعداوة وتوقد من الغيظ (قوله قصص الخصوم) جمع قصة وهى بالفتح الحصة والمراد بها هنا ورقة يكتب فيها قضيته مع خصمه ويسمى الآن عرض حال (قوله لا) أى لأن كلامه بلسانه أحسن من كتابته (قوله ولا يأخذ بما فيها) عبارة غيره ولا يؤاخذ أى لا يؤاخذ صاحبها بما كتبه فيها من إقرار ونحوه ما لم يقر بذلك صريحا لأنه لا عبرة بمجرد الخط فافهم والله سبحانه أعلم .

فصل فى الحبس

هو من أحكام القضاء إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفرده بفصل على حدة نهر ، وهو لغة المنع مصدر حبس كضرب ، ثم أطلق على الموضع وترجم المصنف له وزاد فيه مسائل أخر من أحكام القضاء ذكرها فى الهداية فى فصل على حدة فكان الأولى أن يقول فى الحبس وغيره كما قال فى باب كتاب القاضى إلى القاضى وغيره (قوله هو مشروع الخ) أراد أنه مشروع بالكتاب والسنة زاد الزيلعى والإجماع لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعوا عليه (قوله أو ينفوا من الأرض) فإن المراد بالنفى الحبس كما تقدم فى قطاع الطريق اه ح .

وأحدث السجن على رضى الله تعالى عنه بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى غيره من مدر وسماه مخيسا بفتح الياء وتكسر موضع التخييس وهو التذليل وفيه يقول على رضى الله عنه :

ألا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا

حصنا حصينا وأمينا كيسا

(صفته أن يكون بموضع ليس به فراش ولا وطاء) ليضجر فيوفى ومفاده أنه لو جيء له به منع منه (ولا يمكن أحد أن يدخل عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه) لاحتياجه للمشاورة (ولا يمكثون عنده طويلا) ومفاده أن زوجته لا تحبس معه لوهى الحابسة له وهو الظاهر وفى الملتقى يمكن

(قوله وأحدث السجن على) أى أحدث بناء سجن خاص فلا ينافى ما قالوا أيضا من أنه لم يكن فى عهده صلى الله عليه وسلم وأبى بكر سجن، إنما كان يحبس فى المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضى الله تعالى عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبسا (قوله من مدر) بالتحريك قطع الطين اليابس والحجارة كما فى القاموس (قوله بفتح الياء) أى المثناة التحتية مشددة والعجب مما فى البحر والنهر والمنح من ضبطه بالتاء المثناة الفوقية وقد ذكره فى القاموس فى الأجوف اليائى فقال : المخيس كمعظم السجن وسجن بناه على رضى الله تعالى عنه (قوله كيسا) قال فى المصباح الكيس وزان فلس الظرف والفطنة وقال ابن الأعرابى العقل ويقال إنه مخفف من كيس مثل هين وهين والأول أصح لأنه مصدر من كاس كيسا من باب باع وأما المثقل فاسم فاعل والجمع أكياس مثل جيد وأجياد اه . وفى الفتح : الكيس أى مخففا حسن التأتى فى الأمور والكيس المنسوب إليه الكيس اه (قوله وأمينا) أراد به السجان الذى نصبه فيه فتح وعليه فعطفه على ما قبله نظير « علفتها تبنا وماء باردا » فيراد بقوله : بنيت اتخذت وماقيل من أنه يصح كونه وصفا لمخيسا كالذى قبله لايناسبه قول كيسا فافهم (قوله صفته) الضمير للحبس بالمعنى المصدرى، فلذا قال أن يكون بموضع أى فى موضع فافهم (قوله ولا وطاء) على وزن كتاب المهاد الوطيء مصباح وفيه والمهد والمهاد الفراش وفى القاموس عن الكسائى إن الوطاء خلاف الغطاء :

قلت : فإن أريد به المهاد الوطيء أى اللين السهل فهو أخص مما قبله وكذا إن أريد به ماينام عليه وهو خلاف الغطاء (قوله ومفاده) أى مفاد قوله ليضجر (قوله ولا يمكن) بالبناء للمجهول مع التشديد (قوله ولا يمكثون عنده طويلا) أى بحيث يحصل له الاستئناس بهم بل بقدر ما يحصل به المقصود من المشاورة .

مطلب لا تحبس زوجته معه لو حبسته

(قوله ومفاده) أى مفاد قوله للاستئناس وفى النهر وإذا احتاج للجماع دخلت عليه زوجته أو أمته إن كان فيه موضع سترة وفيه دليل على أن زوجته لا تحبس معه لو كانت هى الحابسة له وهو الظاهر اه وأنت خبير بأن الاستدلال على المسألة بما قاله الشارح أولى مما فى النهر، لأن عدم دخول أحد عليه للاستئناس أصرح بعدم حبسها معه إذ فى حبسها معه غاية الاستئناس له مع كون المقصود من ذلك الضجر ليوفى دينه، وإذا كانت هى الحابسة له وقلنا بجواز حبسها معه لا يحصل المقصود بل يحصل ضده وهو ضجرها لتخرجه من الحبس حتى تخرج معه، ففى ذلك أيضا دليل على أنها لا تحبس معه لو هى الحابسة، وليس فيما قاله فى النهر مايدل على ذلك أيضا فلذا عدل الشارح عن كلام النهر : فقد ظهر أنه ليس فى عدوله عنه خلل بل الخلل فى متابعته له فافهم : ثم إن الظاهر أن المقصود بهذا الرد على من قال إنها تحبس معه وفى البحر عن الخلاصة : فإذا حبست المرأة زوجها ، لا تحبس معه وفيه عن البزازية ، وغيرها إذا خيف عليها الفساد استحسن المتأخرون أن تحبس معه اه :

من وطء جاريته لو فيه خلوة (ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض) فغيره أولى (ولا لحضور جنازة ولو كان (بكفيل) زيلعى وفى الخلاصة يخرج بكفيل لجنازة أصوله وفروعه لاغيرهم وعليه الفتوى (ولو مرض مرضا أضناه ولم يجد من يخدمه يخرج بكفيل وإلا لا) به يفتى ولايخرج لمعالجة وكسب قبل ولا يتكسب فيه ولو له ديون خرج ليخاصم ثم يحبس خانية (ولا يضرب) المحبوس إلا فى ثلاث : إذا امتنع عن كفارة ظهار

وحاصله أنها إذا حبسته وكانت من أهل الفساد ويخشى عليها فعل ذلك إذا لم يكن مراقبا لها يكون مظنة أن حبسها له لأجل ذلك لا لمجرد استيفاء حقها منه ، فله حبسها معه أما إذا لم تكن كذلك فلاوجه لحبسها معه وهذا محمل مافى الخلاصة (قوله من وطء جاريته) وكذا زوجته كما مر وقيل يمنع من ذلك لأن الوطء ليس من الحوائج الأصلية فتح (قوله وفى الخلاصة يخرج بكفيل) هذا هو الصواب فى نقل عبارة الخلاصة ، ونقل عنها فى البحر يخرج الكفيل فكأنه سقطت الباء من نسخته كما نبه عليه فى النهر وكذا الرملى وقال أيضا : والعجب أن البزازى وقع فى ذلك فقال وذكر القاضى أن الكفيل يخرج لجنازة الوالدين الخ والذى فى فتاوى القاضى يعنى قاضيخان يخرج بالكفيل (قوله وعليه الفتوى) قال فى الفتح : وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمى بلاموجب نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما إذا مات والداه أيخرج؟ فقال لا اه .

وحاصله أن مافى الخلاصة مخالف لنص محمد رحمه الله تعالى قال فى البحر : وقد يدفع بأن نص محمد فى المديون أصالة والكلام فى الكفيل اه وهذا بناء على ماوقع له فى نسخة الخلاصة من التحريف على أنه لايظهر الفرق بين المديون وكفيله كما قاله المصنف فى المنح (قوله يخرج بكفيل) قال فى الفتح : وإن لم يكن له خادم يخرج إن كان يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا للتسبب فى هلاكه اه ومقتضى التعليل أنه لو لم يجد كفيلا يخرج ، لكن فى المنح عن الخلاصة فإن لم يجد كفيلا لايطلقه تأمل (قوله وإلا لا) أى وإن وجد من يخدمه لا يخرج هكذا روى عن محمد هذا إذا كان الغالب هو الهلاك وعن أبى يوسف لايخرجه والهلاك فى السجن وغيره سواء والفتوى على رواية محمد منح عن الخلاصة (قوله لمعالجة) أى لمداواة مرضه لإمكان ذلك فى السجن (قوله قيل ولا يتكسب فيه) كذا فى بعض النسخ ، وفى أكثرها بل ولا يتكسب فيه وهى الصواب لأن التعبير بقيل يفيد الضعف وقد صرح فى البحر وغيره بأن الأصح المنع ، وفى شرح أدب القضاء عن السرخسى أنه الصحيح من المذهب ، لأن الحبس مشروع ليضجر ومتى تمكن من الاكتساب لا يضجر ، فيكون السجن له بمنزلة الحانوت (قوله ولو له ديون خرج ليخاصم ثم يحبس) فيه إشارة إلى أنه إذا ادعى عليه آخر بدين يخرج لسماع الدعوى فإن أثبته بالوجه الشرعى أعيد فى الحبس لأجلهما سائحانى عن الهندية (قوله إذا امتنع عن كفارة) لأن حق المرأة فى الجماع يفوت بالتأخير أشباه . واعترضه الحموى بأن حقها فيه قضاء فى العمر مرة واحدة اه .

قلت : هذه المرة لأجل انتفاء العنة والتفريق بها وإلا فلها حق فى الوطء بعدها ، ولذا حرم الإيلاء منها ويفرق بينهما بمضى مدته لأنه امتناع بسبب محظور ، وكذا فى الظهار لأنه منكر من القول فلذا ظهر فيه المطالبة بالعود إليها ويضرب عند الامتناع وإن كان لايضرب عند الامتناع عنها بغير سبب تأمل (قوله والإنفاق على قريبه) بالجر عطفا على كفارة ، وكذا قوله والقسم كما هو ظاهر فافهم وهذا مخالف لما قدمه فى النفقة من أنه إذا امتنع من الإنفاق على القريب يضرب ولايحبس ، ومثله فى القسم كما مر فى بابه لكن قدمنا فى آخر النفقة أنه تابع البحر فى نقل ذلك عن البدائع ، وأن الذى فى البدائع أنه يحبس سواء كان أبا أو غيره بخلاف الممتنع من القسم فإنه يضرب ، ولايحبس وهو الموافق لما سيذكره المصنف متنا وذكر فى البحر أنهم صرحوا بأنه لو امتنع من التكفير مع قدرته يضرب

والإنفاق على قريبه والقسم بين نسائه بعد وعظ والضابط مايفوت بالتأخير لا إلى خلف أشباه .

قلت : وزاد مافى الوهبانية :

وإن فر يضرب دون قيد تأدبا   وتطيين باب الحبس فى العنت يذكر

(ولا يغل) إلا إذا خاف فراره فيقيد أو يحول لسجن اللصوص وهل يطين الباب الرأى فيه للقاضى بزازية (ولا يجرد ولا يؤاجر) وعن الثانى يؤجره لقضاء دينه (ولا يقام بين يدى صاحب الحق إهانة) له ولو كان ببلد لاقاضى فيها لازمه ليلا ونهارا حتى يأخذ حقه جواهر الفتاوى (وتعيين مكانه) أى مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق (للقاضى إلا إذا طلب المدعى مكانا آخر) فيجيبه لذلك قنية وأفتى المصنف تبعا لقارئ الهداية بأن العبرة فى ذلك لصاحب الحق لا للقاضى اه . وفى النهر : ينبغى أن لا يجاب لو طلب حبسه فى مكان اللصوص ونحوه .

[فرع] فى البحر عن المحيط ويجعل للنساء سجن على حدة نفيا للفتنة (وإذا ثبت الحق للمدعى) ولو دانقا وهو سدس درهم (ببينة عجل حبسه بطلب المدعى) لظهور المطل بإنكاره (وإلا) يثبت ببينة بل بإقرار (لم يعجل) حبسه بل يأمره بالأداء

وكذا لو امتنع من الإنفاق على قريبه بخلاف سائر الديون اه (قوله والضابط) أى لما يضرب فيه المحبوس ، فإنه بالامتناع عما ذكر يفوت الواجب لا إلى خلف فإن نفقة القريب تسقط بالمضى ولو مقضيا بها أو متراضى عليها وكذا الوطء والقسم يفوتان بالمضى (قوله مافي الوهبانية) الشطر الثانى لشارحها غير فيه نظم الأصل (قوله وإن فر) أى من الحبس (قوله فى العنت يذكر) أى إذا كان متعنتا لا يؤدى المال ، قيل يطين عليه الباب ويترك له ثقبة يلقى له الخبز والماء ، وقيل : الرأى فيه للقاضى وهو مايذكره قريبا عن البزازية (قوله ولا يغل) أى لا يوضع له الغل بالضم وهو طوق من حديد يوضع فى العنق جمعه أغلال كقفل وأقفال مصباح وأما القيد فما يوضع فى الرجل (قوله ولا يجرد) أى من ثيابه فى الحبس (قوله وعن الثانى) عبارة النهر ولا يؤجر خلافا لما عن الثانى (قوله لا قاضى فيها) بأن مات أو عزل منح عن الجواهر (قوله لازمه) ولا يمنعه عن الاكتساب والدخول إلى بيته لأنه لا ولاية له عليه بخلاف القاضى لأن له ولاية المنع والحبس وغيره منح عن الجواهر (قوله قنية) عبارتها ادعى على بنته مالا وأمر القاضى بحبسها فطلب الأب منه أن يحبسها في موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضى إلى ذلك وكذا فى كل مدع مع المدعى عليه اه (قوله وأفتى المصنف الخ) ذكر فى المنح عبارة قارئ الهداية ثم قال : ولا منافاة بين هذا وبين ما ذكرناه ، لأن القاضى يعين مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق . أما لو طلب صاحب الحق مكانا فالعبرة فى ذلك له اه (قوله وإذا ثبت الحق للمدعى) أى عند القاضى كمافى الهداية وغيرها وظاهره أن المحكم لا يحبس قال فى البحر ولم أره نهر ، لكن نقل الحموى عن صدر الشريعة أن له الحبس (قوله ولو دانقا) فى كافى الحاكم ويحبس فى درهم وفى أقل منه اه . ومثله فى الفتح معللا بأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك (قوله ببينة) أو بنكول بحر عن القلانسى (قوله عجل حبسه) إلا إذا ادعى الفقر فيما يقبل فيه دعواه ط (قوله بطلب المدعى) ذكره قاضيخان وهو قيد لازم منح (قوله لم يعجل حبسه) لأن الحبس جزاء المماطلة ولم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة فلعله طمع فى الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله هداية (قوله بل يأمره بالأداء) ينبغى أن يقيد هذا بما إذا لم يتمكن القاضى من أداء ما عليه بنفسه كما إذا ادعى عينا فى يد غيره أو وديعة له عنده وبرهن أنها هى التى فى يده أو دينا له عليه ، وبرهن على ذلك فوجد

فإن أبى حبسه وعكسه السرخسى وسوى بينهما فى الكنز والدرر واستحسنه الزيلعى والأول مختار الهداية والوقاية والمجمع ، قال فى البحر وهو المذهب عندنا اه :
قلت : وفى منية المفتى لو ثبت ببينة يحبس فى أول مرة وبالإقرار يحبس فى الثانية والثالثة دون الأولى فليكن التوفيق (ويحبس) المديون

معه ماهو من جنس حقه ، كان للقاضى أن يأخذ العين منه وماهو من جنس حقه ، ويدفعه إلى المالك غير محتاج إلى أمره بدفع ماعليه ،وقد قالوا : إن رب الدين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه ،وإن لم يعلم به المديون فالقاضى أولى نهر وتبعه الحموى وغيره ط .
قلت : لكن كونه غير محتاج إلى أمره بالدفع فيه نظر ، لأن القاضى لايتحقق له ولاية أخذ مال المديون ، وقضاء دينه به إلا بعد الامتناع عن فعل المديون ذلك بنفسه فكان المناسب ذكر هذا عند قوله فإن أبى حبسه فيقال إنما يحبسه إذا لم يتمكن القاضى الخ فافهم (قوله فإن أبى حبسه) فلو قال أمهلنى ثلاثة أيام لأدفعه إليك فإنه يمهل ولم يكن بهذا القول ممتنعا من الأداء ولا يحبس شرح الوهبانية على شرح الهداية ، ومثله قول المصنف الآتى ، ولو قال أبيع عرضى وأقضى دينى الخ (قوله وعكسه السرخسى) وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبسه لأول وهلة ، لأنه يعتذر بأنى ماكنت أعلم أن على دينا له بخلافه بالإقرار لأنه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه فتح (قوله وسوى بينهما فى الكنز) حيث قال : وإذا ثبت الحق للمدعى أمره بدفع ما عليه ؛ فإن أبى حبسه وعبارة متن الدرر أصرح : وهى وإذا ثبت الحق على الخصم بإقراره أو ببينة أمره بدفعه الخ وفى كافى الحاكم ولا يحبس الغريم فى أول مايقدمه إلى القاضى ، ولكن يقول له قم فارضه فإن عاد به إليه حبسه اه (قوله واستحسنه الزيلعى) حيث قال والأحسن ماذكره هنا أى فى الكنز فإنه يؤمر بالإيفاء مطلقا ، لأنه يحتمل أن يوفى فلا يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالأمر والمطالبة (قوله وهو المذهب عندنا) صرح بذلك فى شرح أدب القضاء ، وقال إن التسوية بينهما رواية :
قلت : لكن سمعت عبارة كافى الحاكم ، وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية إلا أن عبارته ظاهرها التسوية ، فيمكن إرجاعها إلى مافى الهداية فلا ينافى قوله وهو المذهب تأمل (قوله فليكن التوفيق) لم يظهر لنا وجهه على أن مانقله عن منية المفتى لم أجده فيها ، بل عبارتها هكذا ولايحبسه فى أول مايتقدم إليه ويقول له قم فارضه فإن عاد إليه حبسه اه وهى عبارة الكافى المارة ثم رأيت بعضهم نبه على ماذكرته (قوله ويحبس المديون الخ) اعلم أن المدعى إذا ادعى دينا وأثبته يؤمر المديون بدفعه ، فإن أبى وطلب المدعى حبسه وهو غنى يحبس ، ثم إن كان الدين ثمنا ونحوه من الأربعة المذكورة فى المتن ،وادعى المديون الفقر لايصدق لأن إقدامه على الشراء ونحوه مماذكر دليل على عدم فقره ، فيحبس إلا إذا كان فقره ظاهرا كما سيأتى وإن كان الدين غير الأربعة المذكورة وادعى الفقر فالقول له ولا يحبس إلى آخر ماسيجىء :
[تنبيه] أطلق المديون فشمل المكاتب والعبد المأذون والصبى المحجور ، فإنهم يحبسون لكن الصبى لايحبس بدين استهلاك بل يحبس والده أو وصيه فإن لم يكونا أمر القاضى رجلا ببيع ماله فى دينه كذا فى البزازية بحر :
قلت : وحبس والده أو وصيه بدين الاستهلاك إنما هو حيث كان للصبى مال وامتنع الأب أو الوصى من بيعه أما إذا لم يكن له مال فلا حبس كما يعلم من آخر العبارة وهو ظاهر ، والقول له إنه فقير لأن دين الاستهلاك ممالايحبس به إذا ادعى الفقر كما يأتى وسيذكر الشارح آخر الباب نظما من لايحبس ، وفيه تفصيل للثلاثة المذكورين

(في) كل دين هو بدل مال أوملتزم بعقد درر ومجمع وملتقى مثل (الثمن) واولمنفعة كالأجرة (والقرض) ولو لذمى (والمهر المعجل ومالزمه بكفالة) ولو بالدرك أو كفيل الكفيل وإن كثروا بزازية لأنه التزمه بعقد كالمهر هذا هو المعتمد

(قوله في كل دين هو بدل مال) كثمن المبيع وبدل القرض وقوله أوملتزم بعقد كالمهر والكفالة، وهو من عطف العام على الخاص فلو اقتصر عليه كما وقع في بعض الكتب لاغناء عماقبله زاد في البحر من القلانسي، وفي كل عين يقدر على تسليمها وسيأتي في كلام الشارح :

ثم اعلم أن هذه العبارة التي عزاها الشارح إلى الدرر، والمجمع والملتقى أصلها للقدوري عدل عنها صاحب الكنز إلى قوله في الثمن والقرض والمهر المعجل، وما التزمه بالكفالة وتبعه المصنف لوجهين نبه عليهما في النهر: الأول أن قوله بدل مال يدخل فيه بدل المغصوب وضمان المتلفات، والثاني أن قوله أو ملتزم بعقد يدخل فيه أيضا ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع أنه لايحبس في هذه المواضع إذا ادعى الفقر اهـ وصرح الشارح بعد أيضا بأنه لايحبس فيها فكان عليه عدم ذكر هذه العبارة، لكن ماذكره في النهر غير مسلم أما الأول فلأن المراد بدل مال حصل في يد المديون، كما سيأتي فيكون دليلا على قدرته على الوفاء بخلاف ما استهلكه من الغصب، وأما الثاني فلأنه يحبس في الصلح والخلع كما تعرفه فالأحسن مافعله الشارح تبعا للزيلعي ليفيد أن الأربعة التي في المتن غير قيد احترازي فافهم لكن الشارح نقض هذا فيما ذكره بعد كما تعرفه (قوله مثل الثمن) شمل الثمن ما على المشترى وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما باقالة أو خيار، وشمل رأس مال السلم بعد الإقالة وماإذا قبض المشترى المبيع أولا بحر (قوله كالأجرة) لأنها ثمن المنافع بحرفإن المنفعة وإن كانت غير مال لكنها تتقوم في باب الإجارة للضرورة (قوله ولو لذمى) يرجع إلى الثمن والقرض وكان المناسب ذكره عقب قوله ويحبس المديون قال في البحر: أطلقه فأفاد أن المسلم يحبس بدين الذمى والمستأمن وعكسه اهـ (قوله والمهر المعجل) أي ماشرط تعجيله أو تعورف نهر (قوله ومالزمه بكفالة) استثنى منه في الشرنبلالية كفيل أصله كمالو كفل أباه أو أمه أي فإنه لايحبس مطلقا لمايلزم عليه من حبس الأب معه وفيه كلام قدمناه في الكفالة (قوله ولو بالدرك) هو المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع، وهذا ذكره في النهر أخذا من إطلاق الكفالة ثم قال ولم أره صريحا (قوله أو كفيل الكفيل) بالنصب خبر لكان المقدرة بعد لوفهو داخل تحت المبالغة: أي ولو كان كفيل الكفيل فدخل تحت المبالغة الأصيل وكفيله قال في البحر وأشار المؤلف إلى حبس الكفيل والأصيل معا الكفيل بما التزمه، والأصيل بمالزمه بدلا عن مال، وللكفيل بالأمر حبس الأصيل إذا حبس كذا في المحيط وفي البزازية يتمكن المكفول له من حبس الكفيل، والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اهـ (قوله لأنه التزمه بعقد) أي لأن الكفيل التزم المال بعقد الكفالة وكذا كفيله وقوله كالمهر أي فإن الزوج التزمه بعقد النكاح، فكل منهما وإن لم يكن مبادلة مال بمال لكنه ملتزم بعقد، والتعليل المذكور لثبوت حبسه بما ذكر وإن ادعى الفقر فإن التزامه ذلك بالعقد دليل القدرة على الأداء لأن العاقل لايلتزم مالا قدرة له عليه فيحبس وإن ادعى الفقر لأنه كالمتناقض لوجود دلالة اليسار وظهر به وجه حبسه أيضا بالثمن والقرض لأنه إذا ثبت المال بيده ثبت غناه به أفاد ذلك في الفتح وغيره والأخير مبنى على التمسك بالأصل فإن الأصل بقاؤه في يده (قوله هذا هو المعتمد) الإشارة إلى ما في المتن من أنه يحبس في الأربعة المذكورة وإن ادعى الفقر وهذا أحد خمسة أقوال ثانيها: ما في الخانية ثالثها: القول للمديون في الكل: أي في الأربعة وفي غيرها مما يأتي رابعها للدائن في الكل خامسها أنه يحكم الزى أي الهيئة إلا الفقهاء والعلوية لأنهم يتزيون بزى الأغنياء وإن كانوا فقراء صيانة لماء وجههم كما في أنفع الوسائل :

خلافا لفتوى قاضيخان لتقديم المتون والشروح على الفتاوى بحر فليحفظ نعم عده فى الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ فتنبه وزاد القلانسى أنه يحبس أيضا فى كل عين يقدر على تسليمها كالعين المغصوبة

مطلب إذا تعارض مافى المتون والفتاوى فالمعتمد مافى المتون

(قوله خلافا لفتوى قاضيخان) حيث قال : إن كان الدين بدلا عن مال كالقرض ، وثمن المبيع فالقول للمدعى ، وعليه الفتوى وإن لم يكن بدل مال فالقول للمديون اهـ وعليه فلا يحبس فى المهر والكفالة .

قال فى البحر : وهو خلاف مختار المصنف تبعا لصاحب الهداية وذكر الطرسوسى فى أنفع الوسائل أنه أى ما فى الهداية المذهب المفتى به . فقد اختلف الإفتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل والعمل على ما فى المتون ، لأنه إذا تعارض مافى المتون والفتاوى، فالمعتمد ما فى المتون كما فى أنفع الوسائل ، وكذا يقدم ما فى الشروح على ما فى الفتاوى اهـ .

قلت : وما فى الخانية نقل فى أنفع الوسائل عن المبسوط أنه ظاهر الرواية (قوله نعم عده فى الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ) عده بالرفع مبتدأ واللام فى لبدل متعلق به وخطأ خبر المبتدإ وفى بعض النسخ كبدل بالكاف وهو تحريف وقوله هنا : أى فيما يكون القول فيه للمدعى كالمسائل الأربع ، وعبارة الاختيار هكذا وإن قال المدعى هو موسر وهو يقول أنا معسر ، فإن كان القاضى يعرف يساره أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض ، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة ، وبدل الخلع ونحوه حبسه لأن الظاهر بقاء ما حصل فى يده ، والتزامه يدل على القدرة الخ .

ثم اعلم أن ما ذكره الشارح من التخطئة أصلها للطرسوسى فى أنفع الوسائل وتبعه فى البحر والنهر وغيرهما وأقروه على ذلك وذلك غير وارد وبيان ذلك أن الطرسوسى ذكر مسألة اختلاف المدعى والمدعى عليه فى الفقر وعدمه ونقل عبارات الكتب منها كتاب اختلاف الفقهاء للطحاوى أن كل دين أصله من مال وقع فى يد المديون كأثمان البياعات والقروض ونحوها حبسه ، وما لم يكن أصله كذلك كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونحوه لم يحبسه حتى يثبت ملاءته اهـ ونقل نحوه عن متن البحر المحيط وغيره ، وذكر عن السغناقى وغيره حكاية قول آخر أيضا ، وهو أن كل دين لزمه بعقد فالقول فيه للمدعى وكل دين لزمه حكما لا بمباشرة العقد فالقول فيه للمديون قالوا : وهذا القول لا فرق فيه بين ما ثبت بدلا عن مال أولا ثم إن الطرسوسى قال : إن صاحب الاختيار أخطأ، حيث جعل بدل الخلع كالثمن والقرض فى أن القول فيه للمدعى وهو مخالف لما نقلناه عن اختلاف الفقهاء للطحاوى ومتن البحر المحيط وغيره وأيضا فإن الخلع ليس بدلا عن مال هذا حاصل كلامه وإذا أمعنت النظر تعلم أنه كلام ساقط فإن ما ذكره عن اختلاف الفقهاء ومتن البحر المحيط وغيره هو القول الذى مر عن قاضيخان وما ذكره عن السغناقى وغيره هو الذى مشى عليه القدورى ، ونقله الشارح عن الدرر والمجمع والملتقى فالقول الأول اعتبر فى كون القول للمدعى كون الدين بدلا عن مال حصل فى يد المديون، ولم يعتبر كونه بعقد ، ولا شك أن المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ، وإن كان بعقد لكنه ليس بدل مال ، فلا يكون القول فيه للمدعى بل للمديون فلا يحبس فيه والقول الثانى : اعتبر كون الدين ملتزما بعقد سواء كان بدل مال أو غيره ، ولا شك أن الخلع ملتزم بعقد كالمهر فيكون القول فيه للمدعى ، والذين صرحوا بأن بدل الخلع لا يحبس فيه المديون هم أهل القول الأول فجعلوه كالمهر لكون كل منهما ليس بدل مال وقد علمت أن صاحب الاختيار من أهل القول الثانى فإنه اعتبر العقد كما قدمناه عنه ، فلذا جعل القول للمدعى فى المهر والكفالة والخلع ، ويلزم منه أيضا أن يكون الصلح عن

(لا) يحبس (فى غيره) أى غير ماذكر وهو تسع صور : بدل خلع ومغصوب ومتلف ودم عمد وعتق حظ شريك وأرش جناية ونفقة قريب وزوجة

دم العمد كذلك. لأنه بعقد وحينئذ فاعتراض الطرسوسى على صاحب الاختيار بما حكاه أهل القول الأول ساقط فإن صاحب الاختيار لم يقل بقولهم ، حتى يعترض عليه بذلك بل قال بالقول الثانى كبقية أصحاب المتون غير أنه زاد على المتون التصريح بالخلع لدخوله تحت العقد وتبعه فى الدرر كيف وصاحب الاختيار إمام كبير من مشايخ المذهب ، ومن أصحاب المتون المعتبرة وأما الطرسوسى ، فلقد صدق فيه قول المحقق ابن الهمام إنه لم يكن من أهل الفقه فافهم واغنم تحقيق هذا الجواب ، فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب والحمد لله ملهم الصواب ثم بعد مدة رأيت فى مختصر أنفع الوسائل للزهيرى ردا على الطرسوسى بنحو ما قلنا ولله الحمد (قوله لايحبس فى غيره) أى إن ادعى الفقر كما يأتى (قوله بدل خلع) الصواب إسقاطه كما علمت من أنه من القسم الأول (قوله ومغصوب) بالجر عطفا على خلع ، وكذا ما بعده أى وبدل مغصوب : أى إذا ثبت استهلاكه للمغصوب ، ولزمه بدله من القيمة أو المثل وادعى الفقر لا يحبس ، لأنه وإن كان مال دخل فى يده ، لكنه باستهلاكه لم يبق فى يده حتى يدل على قدرته على الإيفاء بخلاف ثمن المبيع ، فإن المبيع دخل فى يده ، والأصل بقاؤه كما مر فلذا يحبس فيه وبخلاف العين المغصوبة القادر على تسليمها ، فإنه يحبس أيضا على تسليمها كما قدمه آنفا عن تهذيب القلانسى ، فلامنافاة بينه وبين ما هنا قال فى أنفع الوسائل وقولهم : أو ضمان المغصوب ،معناه : إذا اعترف بالغصب وقال : إنه فقير وتصادقا على الهلاك أو حبس لأجل العلم بالهلاك ، فإن القول للغاصب فى العسرة هكذا ذكره السغناقى وتاج الشريعة وحميدالدين الضرير اهـ (قوله ومتلف) أى وبدلما أتلفه من أمانة ونحوها (قوله ودم عمد) أى بدل الصلح عن دم عمد قال فى أنفع الوسائل معناه : أنه لو قتل مورثه عمدا فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون القول قول القائل فى ذلك لأنه ليس بدلا عن مال وما صرح بهذه أحد سوى الطحاوى فى اختلاف الفقهاء، وهو صحيح موافق للقواعد ، وداخل تحت قولهم عما ليس بمال اهـ :

قال فى البحر: ويشكل جعلهم القول فيه للمديون مع أنه التزمه بعقد اهـ .

أقول : لا إشكال فيه لأن ذلك مبنى على القول بعدم اعتبار العقد، وأن المعتبر هو كون الدين بدلا عن مال وقع فى يد المديون كما علمته مما نقلناه سابقا من عبارة الطحاوى وهذا القول هو الذى مر عن الخالية ، وأما على القول الذى مشى عليه القدورى وصاحب الإختيار وغيرهما من أصحاب المتون من أن المعتبر ما كان بدلا عن مال أو ملتزما بعقد ، وإن لم يكن بدلا عن مال ، فلا شك فى دخول هذه الصورة فى العقد ، فتكون على هذا القول من القسم الأول الذى يكون القول فيه للمدعى ، لأنها كالمهر وإنما يشكل الأمر لو صرح أحد من أهل هذا القول بأن بدل دم العمد يكون القول فيه للمديون مع أنه لم يصرح بذلك أحد إلا الطحاوى القائل بالقول الأول ، فعلمنا أنه مبنى على أصله من أنه لا يعتبر العقد أصلا فمعارضة أهل القول الثانى بهذا القول غير واردة والإشكال ساقط كما قررنا نظيره فى مسألة الخلع وبهذا ظهر أن الصواب إسقاط هذه الصورة أيضا وذكرها فى القسم الأول (قوله وعتق حظ شريك) أى لو أعتق أحد شريكى عبد حصته منه بلا إذن الآخر واختار الآخر تضمينه فادعى المعتق الفقر فالقول له لأن تضمينه لم يجب بدلا عن مال وقع فى يده ، ولا ملتزما بعقد حتى يكون دليل قدرته بل هو فى الحقيقة ضمان إتلاف (قوله وأرش جناية) هذا وما بعده مرفوع عطفا على بدل لا على خلع المجرور ، لأن الأرش هو بدل الجناية والمراد أرش جناية موجبها المال دون القصاص (قوله ونفقة قريب وزوجة) أى نفقة مدة ماضية مقضى بها أو متراضى عليها ، لكن نفقة القريب تسقط بالمضى إلا إذا كانت مستدانة بالأمر ، وسيذكر المصنف

ومؤجل مهر :

قلت : ظاهره ولو بعد طلاق وفى نفقات البزازية يثبت اليسار بالإخبار هنا بخلاف سائر الديون ، لكن أفتى ابن نجيم بأن القول له بيمينه مالم يثبت غناه فراجعه ولو اختلفا فقال المديون : ليس بدل مال وقال الدائن: إنه ثمن متاع فالقول للمديون مالم يبرهن رب الدين طرسوسى بحثا وأقره فى النهر .

[فرع] لايحبس فى دين مؤجل وكذا لايمنع من السفر قبل حلول الأجل، وإن بعد له السفر معه فإذا حل منعه حتى يوفيه بدائع وقدمناه فى الكفالة (إن ادعى) المديون (الفقر) إذ الأصل العسرة (إلا أن يبرهن غريمه على غناه) أى على قدرته على الوفاء ولو باقتراض أو بتقاضى غريمه (فيحبسه) حينئذ (بما رأى) ولو يوما هو الصحيح

مسألة النفقة (قوله ومؤجل مهر) استشكله فى البحر بأنه التزمه بعقد أى فيكون من القسم الأول ؛ لكن جوابه أنه لما علم عدم مطالبته به فى الحال لم يدل على قدرته عليه بخلاف المعجل شرطا أو عرفا (قوله قلت ظاهره ولو بعد طلاق) هذا هو المتعين ، لأنه قبل الطلاق أو الموت لا يطالب به فكيف يتوهم حبسه به (قوله وفى نفقات البزازية الخ) الأنسب ذكر هذا عند قول المتن الآتى إلا أن يبرهن غريمه على غناه وعبارة البزازية كما فى البحر ، وإن لم يكن لها بينة على يساره ، وطلبت من القاضى أن يسأل من جيرانه لايجب عليه السؤال ، وإن سأل كان حسنا ، فإن سأل فأخبره عدلان بيساره ثبت اليسار بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالإخبار ، وإن قالا سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضى اهـ (قوله لكن الخ) فإن قوله ما لم يثبت غناه المتبادر منه كونه بالشهادة ويمكن أن يقال الثبوت فى دين النفقة بالإخبار فى غيره بالإشهاد فعبارته غير معينة ط .

قلت : لكن قول المصنف الآتى إلا أن يبرهن يقتضى عدم الفرق نعم عبارة الكنز والهداية إلا أن يثبت لكن قيده الزيلعى بالبينة تأمل (قوله فالقول للمديون) أى فلا يحبس إن ادعى الفقر (قوله وأقره فى النهر) وكذا فى البحر ووجهه ظاهر لإنكاره ما يوجب حبسه (قوله لا يحبس فى دين مؤجل) لأنه لا يطالب به قبل حلول الأجل (قوله وإن بعد) أى السفر بحيث يحل الأجل قبل قدومه (قوله وقدمناه فى الكفالة) أى فى آخرها وقدمنا هناك ترجيح إلزامه بإعطاء كفيل فراجعه (قوله إن ادعى الفقر) قيد لقوله لا يحبس فى غيره (قوله إذ الأصل العسرة) لأن الآدمى يولد فقيرا لا مال له ، والمدعى يدعى أمرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه مالم يكذبه الظاهر ، إلا أن يثبت المدعى بالبينة أن له مالا بخلاف ماتقدم ، لأن الظاهر يكذبه زيلعى (قوله أى على قدرته على الوفاء) أى ليس المراد بالغنى ملك النصاب لأنه يحبس فيما دونه أفاده فى الفتح (قوله ولو باقتراض) فى البزازية لو وجد المديون من يقرضه فلم يفعل فهو ظالم ، وفى كراهية القنية لو كان للمديون حرفة تفضى إلى قضاء دينه فامتنع منها لايعذر اهـ وكل من الفرعين ينبغى تخريجه على ما يقبل فيه قوله فإذا ادعى فى المهر المؤجل مثلا أنه معسر ووجد من يقرضه ، أو كان له حرفة توفيه فلم يفعل حبسه الحاكم ، لأن الحبس جزاء الظلم ، وأما ما لايقبل فيه قوله فظلمه فيه ثابت قبل وجود من يقرضه نهر (قوله أو بتقاضى غريمه) بأن كان له مال على غريم موسر :

قال فى البزازية : فإن حبس غريمه الموسر لايحبس وفيها ولو كان للمحبوس مال فى بلد آخر يطلقه بكفيل اهـ (قوله فيحبسه حينئذ) أى حين إذ قام البرهان على غناه فى هذا القسم ، وبمجرد دعوى المدعى غناه فى القسم الأول كما مر (قوله ولو يوما) أخذه فى البحر من ظاهر كلامهم (قوله هو الصحيح) صرح به فى الهداية ، لأن المقصود من الحبس الضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة ومقابله رواية تقديره بشهرين

بل فى شهادات الملتقط قال أبو حنيفة : إذا كان المعسر معروفا بالعسرة لم أحبسه ، وفى الخانية واو فقره ظاهرا سأل عنه عاجلا وقبل بينته على إفلاسه وخلى سبيله نهر وفى البزازية قال المديون حلفه أنه مايعلم أنى معسر أجابه القاضى فإن حلف حبسه بطلبه وإن نكل خلاه وأقره المصنف وغيره ؛

قلت : قدمنا أن الرأى لمن له ملكة الاجتهاد فتنبه (ثم) بعد حبسه بما يراه او حاله مشكلا عند القاضى والا عمل بما ظهر بحر واعتمده المصنف (سأل عنه) احتياطا لاوجوبا من جيرانه ويكفى عدل بغيبة دائن وأما المستور فإن وافق قوله رأى القاضى عمل به وإلا لا أنفع الوسائل بحثا ولا يشترط حضرة الخصم ولالفظ الشهادة إلا إذاتنازعا فى اليسار والإعسار قهستانى .

أو ثلاثة وفى رواية بأربعة وفى رواية بنصف حول (قوله لم أحبسه) أى ولو كان الدين ثمنا أو قرضا كما هو ظاهر الإطلاق ، وهو أيضا مقتضى عبارة شرح الاختيار التى قدمناها (قوله ولو فقره ظاهرا الخ) أفاد أن قوله فيحبسه بما يرى إنما هو حيث كان حاله مشكلا كما نبه عليه الشارح بعده . وفى شرح أدب القضاء قال محمد بعد ذكر التقدير هذا إذا أشكل على أمره أفقير أم غنى وإلا سألت عنه عاجلا ، يعنى إذا كان ظاهر الفقر أقبل البينة على الإفلاس وأخلى سبيله اه (قوله قال المديون) أى بما أصله ثمن ونحوه إذ القسم الثانى القول فيه للمديون أنه معسر ، فلا يحتاج إلى تحليف الدائن نعم يتأتى فيه أيضا إذا أثبت يساره لكنه بعيد إذ لا يحلف المدعى بعد البينة تأمل (قوله قلت قدمنا الخ) تقييد لقول المصنف فيحبسه بما رأى وقدم الشارح ذلك عند قول المصنف قبل هذا الفصل ، ولا يخير إذا لم يكن مجتهدا وقد تبع الشارح فى هذا القهستانى قال ح : أقول مثل هذا لا يتوقف على كون القاضى مجتهدا كما لا يخفى اه أى فإن ما يقتضيه حال ذلك المديون من قدر مدة حبسه التى يظهر فيها أنه لو كان له مال لأظهره يستوى فى علم ذلك المجتهد وغيره بدون توقف على العلم باللغة والكتاب والسنة متنا وسندا كما لايخفى ، فالظاهر حمل ما قالوه فيما يفوض إلى رأى القاضى من الأحكام والله سبحانه أعلم (قوله ثم بعد حبسه الخ) الظرف متعلق بقول المصنف الآتى سأل عنه ، وقوله او حاله مشكلا قيد لقوله حبسه بما يراه وقوله وإلا أى إن لم يكن مشكلا بأن كان فقره ظاهرا وهذا كله يغنى عنه ما قبله (قوله احتياطا لا وجوبا) قال شيخ الإسلام لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفى فكان للقاضى أن لايسأل ، ويعمل برأيه ولكن لوسأل مع هذا كان أحوط زيلعى .

وقال فى الفتح : وإلا فبعد مضى المدة التى يغلب ظن القاضى أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقم المدعى بينة يساره من غير حاجة إلى سؤال (قوله ويكفى عدل) والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول المخبران حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية بحر عن البزازية وقيد سماع هذه الشهادة بما بعد الحبس ومضى المدة ، لأنها قبل الحبس لا تقبل فى الأصح كما يأتى وكذا قبل المدة التى يراها القاضى كما سنذكره (قوله بغيبة دائن) أى يكفى ذلك فى غيبة الدائن ، فلا يشترط لسماعها حضرته لكن إذا كان غائبا سمعها وأطلقه بكفيل كما فى البحر عن البزازية وسيأتى مع زيادة ، ولو كان الدين لوقف أو يتيم (قوله وأما المستور الخ) فيه كلام يأتى قريبا (قوله ولا يشترط حضرة الخصم) يغنى عنه قوله بغيبة دائن (قوله إلا إذا تنازعا الخ) قال فى النهر وقيد فى النهاية الاكتفاء بالواحد بما إذا لم تقع خصومة ، فإن كانت كأن ادعى المحبوس الإعسار ورب الدين يساره فلابد من إقامة البينة على الإعسار اه ومثله فى البحر .

قلت : وهذا مشكل فإن ما مر من الاكتفاء بعدل لاشك أنه عند المنازعة إذ لو اعترف المدعى بفقر المحبوس أو اعترف المحبوس بغناه لم يحتج إلى سؤال ولا إلى إخبار ، ثم رأيت فى أنفع الوسائل نقل عبارة النهاية المارة بزيادة

قلت : لكنها بالإعسار للنفى وهى ليست بحجة ولذا لم يجب السؤال أنفع الوسائل فتنبه (فإن لم يظهر له مال خلاه) بلا كفيل إلا فى ثلاث مال يتيم ووقف وإذا كان الدائن غائبا ثم لايحبسه ثانيا لا للأول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه بزازية وفى القنية برهن المحبوس على إفلاسه فأراد الدائن إطلاقه قبل تفليسه فعلى القاضى القضاء به حتى لايعيده الدائن ثانيا :

وهى فإن شهدا بأنه معسر خلى سبيله ولا تكون هذه شهادة على النفى فإن الإعسار بعد اليسار أمر حادث ، فتكون شهادة بأمر حادث لابالنفى اه فأفاد أن هذه الخصومة بإعسار حادث يعنى إذا أراد حبسه فيما يكون القول فيه للمدعى بيساره أو فى القسم الآخر وبرهن على يساره بارث من أبيه منذ شهر مثلا ، وهو ادعى إعسارا حادثا فلابد فيه من نصاب الشهادة ، لأنها شهادة صحيحة لوقوعها على أمر حادث لاعلى النفى بخلاف الشهادة على أنه معسر ، فإنها قامت على نفى اليسار الذى يحبس بسببه لا على إعسار حادث بعده أو المراد إقامة البينة على إعساره بعد حبسه قبل تمام المدة التى يظهر فيها للقاضى عسرته ،لكن سيأتى أن سماع البينة قبل المدة خلاف ظاهر الرواية فتأمل (قوله قلت لكنها الخ) استدراك على التقييد بالعدل فى قوله : ويكفى عدل فقد نقل فى أنفع الوسائل عن الخلاصة أنه يسأل عنه الثقات والواحد يكفى ، ولا يشترط لفظ الشهادة ثم نقل عبارة شيخ الإسلام المارة ثم قال فقوله : أى شيخ الإسلام هذا ليس بواجب وهذا ليس بحجة ، وأن للقاضى أن لا يسأل يؤيد قولنا أنه لا يشترط العدالة فى هذا الواحد ، لأنها تشترط فى أمر واجب أو فى إثبات حجة شرعية ، وإلا فلا فائدة فى اشتراطها ،لأن القاضى له إخراجه بلا سؤال أحد عنه الخ ، وأراد بذلك الرد على الزيلعى حيث قيد بالعدل فى قوله : والعدل الواحد يكفى وإثبات أن المستور الواحد يكفى دون الفاسق ، ثم قال والأحسن عندى أن يقال إن كان رأى القاضى موافقا لقول هذا المستور فى العسرة يقبل وإلا بأن لم يكن للقاضى رأى فى عسرة المحبوس أو يسر به فيشترط كون المخبر عدلا اه واستحسنه فى النهر وغيره :

قلت : قد رجع إلى ماقاله الزيلعى من حيث لايشعر وذلك أنه إذا كان للقاضى رأى فى عسرته بأن ظهر له حاله لايحتاج إلى شاهد أصلا ، بل له إخراجه بلا سؤال ، والأحوط السؤال من عدل ليتحقق به ما رآه القاضى ولا يكون بمجرد رأيه ، ويظهر من كلام شيخ الإسلام المار وكذا من كلام الفتح الذى ذكرناه بعده أنه لايلزمه العمل بقول ذلك العدل إذا خالف رأيه ، وإذا وافق قول المخبر رأى القاضى لاشك أنه يعمل به سواء كان المخبر عدلا أو فاسقا أو مستورا فعلم أن كلام الزيلعى محمول على ما إذا لم يكن للقاضى رأى بدليل قوله فى شرح أدب القضاء وإذا مضت تلك المدة واحتاج القاضى إلى معرفة حاله سأل الثقات من جيرانه وأصدقائه الخ فقوله واحتاج دليل أنه لا رأى له فقد ظهر أنه فى هذه الصورة تشترط العدالة كما اعترف به الطرسوسى . وفى الصورة الأولى لا تشترط عدالة ولا غيرها وإلا لم يكن للقاضى العمل برأيه وإخراج المحبوس بلا سؤال ، وبه ظهر سقوط هذا البحث من أصله فافهم واغتنم هذا التحرير (قوله ولذا لم يجب السؤال) أى سؤال القاضى عن حال المحبوس وإنما يسأل احتياطا كما مر (قوله فإن لم يظهر له مال خلاه) أى أطلقه من الحبس جبرا على الدائن نهر ثم إن إطلاقه باخبار واحد لا يكون ثبوتا ، حتى لا يجوز أن يقول هذا القاضى ثبت عندى أنه معسر ، ولا ينقل ثبوته إلى قاض آخر بل هذا يختص بهذا القاضى أنفع الوسائل وأقره فى البحر والنهر (قوله ووقف) ذكره فى البحر بحثا إلحاقا باليتيم (قوله فعلى القاضى القضاء به) أى إذا أبى المحبوس أن يخرج حتى يقضى بإفلاسه كما فى البحر وغيره (قوله حتى لا يعيده الدائن ثانيا) أى قبل ظهور غناه بحر والظاهر أن المراد أن لا يعيده قاض آخر لأن الأول ظهر له حاله فكيف يعيده إلى الحبس بل لا يعيده لا لهذا الدائن ولا لغيره حتى يثبت غناه كما هو صريح عبارة البزازية

[فرع] أحضر المحبوس الدين وغاب ربه يريد تطويل حبسه إن علمه وقدره أخذه أو كفيلا وخلاه خانية وفى الأشباه لايجوز إطلاق المحبوس إلا برضا خصمه إلا إذا ثبت إعساره أو أحضر الدين للقاضى فى غيبة خصمه (ولو قال) من يراد حبسه (أبيع عرضى وأقضى دينى أجله القاضى) يومين أو (ثلاثة أيام ولا) يحبسه لأن الثلاث مدة ضربت لإبلاء الأعذار (ولوله عقار يحبسه) أى (ليبيعه ويقضى الدين) الذى عليه (ولو بثمن قليل) بزازية وسيجىء تمامه فى الحجر (ولم يمنع غرماءه عنه) على الظاهر فيلازمونه نهارا لاليلا إلا أن يكتسب فيه ويستأجر للمرأة مرأة تلازمها منية :

المذكورة وأيضا إذاثبت إعساره الحادث بشهادة تامة بعد خصومة كما مر فليس لقاض آخر حبسه ثانيا فيما يظهر لأنه يكون ثبوتا فيتعدى بخلاف ما إذا أطلقه باخبار واحد تأمل وقدم الشارح فى الوقف فى صور من ينتصب خصما عن غيره عد منها المديون إذا أثبت إعساره فى وجه أحد الغرماء (قوله يريد تطويل حبسه) الظاهر أنه قيد باعتبار العادة وإلا ففى غيبته تطويل حبسه وإن لم يرد ذلك ولذا لم يقيد بذلك فى عبارة الأشباه الآتية أفاده ط (قوله وقدره) بالنصب عطفا على الضمير المنصوب فى علمه (قوله أو كفيلا) أى بالمال أو النفس (قوله إلا إذا ثبت إعساره) المناسب إسقاط إلا وعطفه بأو والمراد بالثبوت الظهور ولو برأى القاضى أو إخبار عدل كما مر (قوله أبيع عرضى) انظر ما فائدة التقييد بالعرض ، فإن العقار كذلك فيما يظهر ، وكذا لو قال أمهلنى ثلاثا لأدفعه كما قدمناه عن شرح الوهبانية ، وهذا أعم من أن يدفعه ببيع عرض أو عقار أو باستقراض أو استيهاب أو غير ذلك ولا داعى إلى ما قاله المصنف فى المنح من حمله على المقيد هنا كما لا يخفى (قوله لإبلاء الأعذار) أى لاختبار مدعيها ويحتمل أن الهمزة للسلب والابلاء بمعنى الإفناء أى لإزالة الأعذار بمعنى أنه لاعذر له بعدها فالثلاثة تبلى الأعذار وتفنيها ط (قوله وسيجىء تمامه فى الحجر) قال المصنف والشارح هناك والقاضى يحبس الحر المديون ليبيع ماله لدينه وقضى دراهم دينه من دراهمه يعنى بلا أمره وكذا لو كانا دنانير وباع دنانيره بدراهم دينه وبالعكس استحسانا لاتحادهما فى الثمنية لا يبيع القاضى عرضه ولا عقاره للدين خلافا لهما وبه أى بقولهما يبيعهما للدين يفتى اختيار وصححه فى تصحيح القدورى ويبيع كل ما لايحتاجه للحال اه :

وحاصله :أنه إذا امتنع عن البيع يبيع عليه القاضى عرضه وعقاره وغيرهما وفى البزازية وفرّع على صحة الحجر أنه يترك له دست من الثياب ويباع الباقى وتباع الجسنة ويشترى له الكفاية ويباع كانون الحديد ويشترى له من طين ويباع فى الصيف ما يحتاجه للشتاء وعكسه (قوله ولم يمنع غرماءه عنه) عطف على قوله خلاه وكان ينبغى ذكره عقبه (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية وهو الصحيح بحر :

مطلب فى ملازمة المديون

(قوله فيلازمونه الخ) قال فى أنفع الوسائل : وبعد ما خلى القاضى سبيله فلصاحب الدين أن يلازمه فى الصحيح . وأحسن الأقاويل فى الملازمة ماروى عن محمد أنه قال : يلازمه فى قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولامن الغداء والعشاء والوضوء والخلاء وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده ممن أحب اه وتمامه فى البحر (قوله لا ليلا) لأنه ليس بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال فى يده فالملازمة لاتفيد بحر عن المحيط ويظهر منه أنه ليس له الملازمة فى وقت لا يتوهم وقوع المال في يده فيه كما لو كان مريضا مثلا تأمل وأنه ليس له ملازمته ليلا على قصد الإضجار لأن الكلام فيما بعدظهور عسرته وتخليته من الحبس والعلة فى الملازمة إمكان قدرته على الوفاء بعد تخليته فيلازمه كى لا يخفيه (قوله ويستأجر للمرأة مرأة تلازمها منية) عبارة منية المفتى ولو كان المدعى عليه

[فرع] لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فنى حجر الهداية يخير الطالب إلا لضرر وكلفه فى البزازية الكفيل بالنفس وللطالب ملازمته بلا أمر قاض لو مقرا بحقه (ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه) لقيامها على النفى وصححه عزمى زاده وصحح غيره قبولها والمعوّل عليه رأيه كما مرفإن علم إعساره قبلها وإلا لا نهر فليحفظ

امرأة قبل يستأجر امرأة تلازمها وقيل له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها بالنهار ، أما بالليل فتلازمها النساء فإن هربت ودخلت خربة لا بأس أن يدخل الرجل إذا كان يأمن على نفسه فى ذلك ويكون بعيدا منها ويحفظها بعينه اه ونقل الثانى فى البحر عن الواقعات معللا بأن له ضرورة فى هذه الخلوة ، أى الخلوة بالمرأة الأجنبية (قوله إلا لضرر) عبارة الهداية إلا إذا علم القاضى أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين ، بأن لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر اه :

قلت : والظاهر أن هذا فيمن لم يظهر للقاضى عسرته بعد حبسه وإلا فكيف يحبس ثانيا بلا ظهور غناه أو هو مفروض فيما قبل الحبس أصلا (قوله وكلفه فى البزازية الكفيل بالنفس) الأولى بكفيل بالباء وعبارة البزازية نقلا عن الإمام محمد وإن فى ملازمته ذهاب قوله وعياله أكلفه أن يقيم كفيلا بنفسه ثم يخلى سبيله (قوله ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه الخ) هذا مقابل قوله ثم بعد حبسه سأل عنه وقد اختلف التصحيح فى هذه المسألة فنى الخانية عن ابن الفضل أن الصحيح القبول وفى شرح أدب القضاء أن الصحيح عدمه ،وأن عليه عامة المشايخ واختار فى الخانية أنه مفوض إلى رأى القاضى ، فإن رأى أنه لين يقبل وإن علم أنه وقح لا قال فى أنفع الوسائل وكأنه أراد بقوله لين أن يعتذر إليه ويتلطف معه وبقوله وقح أن يقول لو قعدت فى الحبس كذا وكذا ، لايحصل لك منى شىء وآخرتى أخرج على رغمك ونحو ذلك : ثم قال : وكان والدى يقول ينبغى للقاضى إذا علم أن بينته عدول ممهدون فى العدالة يقبل قال وهذا حسن أيضا وعملى عليه لأن العدل المتحرى لا يشهد ما لم يقطع بفقره ، بخلاف غيره ممن يحتاج إلى تزكية ولا يعرف القاضى تحريه ولا ديانته اه ملخصا وبقى ما إذا برهن على إفلاسه بعد حبسه قبل مضى المدة وفى الخانية لا يقبل فى الروايات الظاهرة إلا بعد مضى المدة اه ومشى الإمام الخصاف فى أدب القضاء على قبولها قبل مضى المدة (قوله وصححه عزمى زاده) ليس هو من أهل التصحيح ، ولكنه نقل عن الزيلعى أن عليه عامة المشايخ:

قلت : وعليه الكنز وغيره وعلمت التصريح بتصحيحه وعلله الزيلعى بأنها بينة على النفى فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيدوهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب كما بينا اه (قوله والمعول عليه رأيه) أى رأى القاضى

واعلم أن كلام النهر هنا غير محرر ، فإنه قال بعد تعليل الزيلعى المذكور آنفا والمعول عليه رأيه كما مر عن شيخ الإسلام وهذا هو إحدى الروايتين وهو اختيار العامة وهو الصحيح وقال ابن الفضل الصحيح أنها تقبل ، وقال قاضيخان ينبغى أن يكون مفوضا إلى رأى القاضى إن علم يساره لا يقبلها وإن علم إعساره قبلها اه وبقى ما إذا لم يعلم من حاله شيئا والظاهر أنه لايقبلها اه ما فى النهر وفيه أن ما مر عن شيخ الإسلام هو ما قدمناه عنه فى سؤال عن حالة المحبوس بعد تمام المدة وأنه لا يجب بل له أن يعمل بما يراه ولا يخفى أن كلامنا هنا فيما قبل الحبس ، وما نقله عن قاضيخان غيره ما قدمناه عنه آنفا ، ولا يخفى ما فيه فإنه إذا علم إعساره وكان ظاهرا يسأل عنه عاجلا ويقبل بينته ، ويخلى سبيله كما قدمه الشارح ، والكلام هنا فيما إذا كان أمره مشكلا كما فى البزازية ، حيث قال : وإن كان أمره مشكلا هل يقبل البينة قبل الحبس فيه روايتان .

(وبينة يساره أحق) من بينة إعساره بالقبول لأن اليسار عارض والبينات للإثبات : نعم او بين سبب إعساره وشهدوا به فتقدم لإثباتها أمرا عارضا فتح بحثا واعتمده فى النهر وفى القنية إن لم يبينوا مقدار مايملك قبلت وإلا لم يمكن قبولها لأنها قامت للمحبوس وهو منكر والبينة متى قامت للمنكر لا تقبل (وأبد حبس الموسر) لأنه جزاء الظلم :

مطلب بينة اليسار أحق من بينة الإعسار عند التعارض

(قوله وبينة يساره أحق الخ) هذا ظاهر فيما يكون فيه القول للمديون إنه فقير لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر وذلك فى بينة اليسار : أما القسم الأول وهو مايكون القول فيه للمدعى بأن كان الدين ملتزما بمقابلة مال أو بعقد فلا يظهر ، لأن الأصل فيه اليسار بل الظاهر تقدم بينة الإعسار لإثباتها خلاف الظاهر ولم أر من فصل بل كلامهم هنا مجمل فليتأمل (قوله لأن اليسار عارض) فإن الآدمى يولد ولا مال له كما مر ، لكن إذا تحقق دخول المبيع فى يده صار اليسار هو الأصل فينبغى ترجيح بينة الإعسار كما قلنا تأمل (قوله نعم او بين الخ) عبارة الفتح هكذا وكلما تعارضت بينة اليسار والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم اللهم إلا أن يدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت من بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنها تقدم لأن معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال اه :

قال فى البحر : والظاهر أنه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد إعساره الذى ادعاه اه ورده المقدسى بقوله وهذا تجرٍّ من غير تحر[1] اه :

قلت : ووجهه أولا منع كونه بحثا بل ظاهر كلام الفتح أنه منقول كيف وهو موافق لما قدمناه عن أنفع الوسائل عن النهاية عند قول الشارح إلا إذا تنازعا وثانيا ما قاله فى النهر : من أنه ينبغى أن يكون معناه أنه بين سبب الإعسار وشهدوا به ، وما فى البحر مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث بل بما هو سابق على الإعسار الحادث وبينة الإعسار تحدث أمرا عارضا اه لكن يظهر لى أن بيان سبب الإعسار غير لازم بل يكفى قولهم إنه أعسر بعد ذلك تأمل :

[تنبيه] قال البيرى وفى أوضح رمز ناقلا عن المستصفى : واعلم أن بينة الإعسار إنما تقبل إذا قالوا إنه كثير العيال وضيق الحال ، أما إذا قالوا لا مال له لا تقبل اه (قوله فتقدم) الأولى حذف الفاء ط (قوله قبلت) لأن المقصود منها دوام الحبس عليه بحر عن البزازية (قوله وإلا الخ) أى بأن بينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها (قوله لأنها قامت للمحبوس الخ) أى على إثبات ملكه لقدر معين قال فى القنية : وقولهم أى الشهود إنه موسر ليس كذلك فيقبل اه .

قلت : وحاصله أن الشهود لو قالوا إنه يملك الشيء الفلانى مثلا لا تقبل لأنه يقول لا أملك شيئا وهم يشهدون له بأن ذلك الشيء ملكه والبينة لا تقبل للمنكر بل تقبل عليه ، وهذه شهادة له صريحا وتتضمن الشهادة عليه بيساره إدامة حبسه ، وإذا بطل الصريح بطل مافى ضمنه بخلاف قولهم إنه موسر فإنها شهادة عليه صريحا وإن كان قولهم إنه موسر يتضمن الشهادة بأنه يملك قدر الدين أو أكثر فإنها ليست بشهادة له إذ ليس فيها إثبات شيء معين أو مقدار

---

(١) قوله (وهذا تجر من غير تحر) الأول بالجيم من الجراءة وهي الإقدام على الشيء بلا ترو والثانى بالحاء المهملة وهو طلب الأمر الأحرى أى الأوفق اه منه .

قلت : وسيجيء في الحجر أنه يباع ماله لدينه عندهما وبه يفتى وحينئذ فلا يتأبد حبسه فتنبه (ولا يحبس لما مضى من نفقة زوجته وولده) إذا ادعى الفقر وإن قضى بها لأنها ليست بدل مال ولا لازمته بعقد على ما مر حتى لو برهنت على يساره حبس بطلبها (بل يحبس إذا) برهنت على يساره بطلبها كما لو (أبى أن ينفق عليهما) أو على أصوله وفروعه فيحبس إحياء لهم بحر :

قلت : وهل يحبس لمحرمه لو أبى؟ لم أره وظاهر تقييدهم لا

قدر الدين لأن اليسار أعم ، وأيضا فإنها ضمنية لا صريحة بل الصريح منها قصد إدامة حبسه فافهم (قوله وسيجيء في الحجر) قدمنا عبارته فيه (قوله وحينئذ فلا يتأبد حبسه) أي على قولهما وكذا على قوله إن كان ماله غير عقار ولا عرض بل كان من الأثمان ولو خلاف جنس الدين كما قدمناه (قوله ولا يحبس لما مضى الخ) اعلم أن نفقة الزوجة لا تصير دينا على الزوج إلا بالقضاء أو الرضا ، فإذا مضت مدة قبل القضاء أو الرضا سقطت عنه والمراد بالمدة شهر فأكثر وكذا نفقة الولد الصغير الفقير ، وأما نفقة سائر الأقارب فإنها تسقط بالمضي ، ولو بعد القضاء أو الرضا إلا إذا كانت مستدانة بأمر قاض ، فلا تسقط بالمضي هذا حاصل ما قدمه الشارح في النفقات ؛ لكن ما ذكره من كون الصغير كالزوجة نقله هناك عن الزيلعي ، وقدمنا هناك أنه مخالف لإطلاق المتون والشروح ولما صرح به في الهداية والذخيرة وشرح أدب القضاء والخانية من أن نفقة الولد والوالدين والأرحام إذا قضى بها ومضت مدة سقطت (قوله وإن قضى بها) أفاد أنه إذا لم يقض بها لا يحبس بها بالأولى ، لأنها لم تصر دينا أصلا وأما إذا قضى بها ومثله الرضا فلأنها ليست بدل مال ولا ملتزمة بعقد على ما مر أي في قوله : لا يحبس في غيره إن ادعى الفقر كما مر تقريره (قوله حتى لو برهنت الخ) المناسب حذفه والاقتصار على ما بعده لئلا يتكرر (قوله حبس بطلبها) أي بطلبها حبسه إن كانت النفقة مقضيا بها أو متراضى عليها (قوله كما لو أبى أن ينفق عليهما) أي كما يحبس الموسر لو امتنع من الإنفاق على زوجته وولده الفقير الصغير كما في السراج وفهم في البحر أنه قيد احترازي عن البالغ الزمن الفقير وقال : وفيه تأمل لا يخفى قال في المنح وليس كذلك ، فإنه في معنى الصغير كما لا يخفى فيحبس أبوه إذا امتنع من الإنفاق عليه كما هو الظاهر اهـ .

وفي الفتح : ويتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني ، من يوم فرض النفقة ، وإن كان مقدار النفقة قليلا كالدانق إذا رأى القاضي ذلك فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه ، لأن العقوبة تستحق بالظلم ، وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإنفاق ، فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرافعته يأمره بالقسم وعدم الجور ، فإن ذهب ولم يقسم فرافعته أوجعه عقوبة ، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل به ضرر كبير اهـ (قوله وفروعه) أي وبقية فروعه كالإناث والولد البالغ الزمن وهذا بناء على ما مر من أن الصغير غير قيد (قوله وهل يحبس لمحرمه لو أبى لم أره) أصل التوقف لصاحب الشرنبلالية .

قلت : إذا حبس الأب فغيره بالأولى مع أنا قدمنا في آخر النفقات التصريح بذلك عن البدائع فإنه قال ويحبس في نفقة الأقارب كالزوجات ، أما غير الأب فلا شك فيه وأما الأب فلأن في النفقة ضرورة دفع الهلاك عن الولد ولأنها تسقط بمضي الزمان ، فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا فكان في حبسه دفع الهلاك ، واستدراك الحق عن الفوات لأن حبسه يحمله على الأداء اهـ وقدمنا هناك أن هذا خلاف ما عزاه الشارح إلى البدائع (قوله وظاهر تقييدهم) أي بالولد فإن عبارة الكنز وغيره ويحبس الرجل بنفقة زوجته لا في دين ولده إلا إذا امتنع من الإنفاق

لكن مامر عن الأشباه لايضرب المحبوس إلا فى ثلاث يفيده فتأمل عند الفتوى وسيجىء حبس الول بدين الصغير (لا) يحبس (أصل) وإن علا (فى دين فرعه) بل يقضى القاضى دينه من عين ماله أو قيمته والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله بحر فليحفظ (ولا يستحلف قاض) نائبا (إلا إذا فوض إليه) صريحا كول من شئت أو دلالة كجعلتك قاضى القضاة والدلالة هنا أقوى لأن فى الصريح المذكور يملك الاستخلاف لا العزل وفى الدلالة يملكهما

عليه ولا يخفى أنها لا تفيد عدم الحبس فى نفقة غير الولد (قوله لكن ما مر) أى فى أول الباب (قوله يفيده) أى يفيد حبسه بالامتناع عن نفقة القريب المحرم حيث عبر بالمحبوس (قوله فتأمل عند الفتوى) أى حيث حصل الاضطراب فى فهم هذا الحكم من كلامهم فلا تعجل فى الفتوى.

قلت: وبما نقلناه عن البدائع زال الاضطراب واتضح الجواب فافهم (قوله وسيجىء) أى فى آخر الباب ويأتى الكلام عليه (قوله لايحبس أهل الخ) أى ولو وجد الأم لأنه لاقصاص عليه بقتل ولد بنته، فكذا لايحبس بدينه، وقيد بالأصل لأن الولد يحبس بدين أصله، وكذا القريب بدين قريبه كما فى الخانية بحر. وسيذكر الشارح آخر الباب لظما جماعة ممن لايحبس وسيأتى عدتهم عشرة (قوله بل يقضى القاضى الخ) أفاد أنه لافرق فى عدم الحبس بين الموسر والمعسر لكن يبيع القاضى مال الأب لقضاء دين ابنه إذا امتنع، لأنه لاطريق له إلا البيع والإضاع أفاده فى البحر وذكر فى جواهر الفتاوى لايحبس الأب إلا إذا تمرد على الحاكم اه لكن ماذكر من أن القاضى يقضى دينه يغنى عن حبسه ذكره الرملى عن المصنف (قوله من عين ماله) أى إن كان من جنس الدين وقوله أو قيمته أى إن كان من غير جنسه كما لو كان الدين دراهم والمال دنانير فتباع الدنانير بالدراهم ويقضى بها الدين عند الإمام وصاحبيه (قوله والصحيح الخ) مقابله أنه يبيع عندهما المنقول دون العقار وأما عنده فلا يبيع المنقول ولا العقار وقدمنا أن المفتى به قولهما:

مطلب فى استخلاف القاضى نائبا عنه

(قوله ولا يستخلف قاض الخ) أى ولو بعذر بحر عن العناية فدخل فيه مالو وقعت له حادثة فلا يستخلف بلا تفويض. فنى البحر عن السراجية القاضى إذا وقعت له حادثة أو لولده فأناب غيره وكان من أهل الإنابة وتخاصما عنده وقضى له أو لولده جاز ثم قال: وقد سئلت عن صحة تولية القاضى ابنه قاضيا حيث كان مأذونا له بالاستخلاف فأجبت بنعم، وشمل إطلاقه الاستخلاف ما إذا كان مذهب الخليفة موافقا لمذهبه أو مخالفا ثم قال: وظاهر إطلاقهم أن المأذون له بالاستخلاف يملكه قبل الوصول إلى محل قضائه، وقد جرت عادتهم بذلك، وسئلت عنه فأجبت بذلك اه ثم نقل عن شرح أدب القضاء أنه ذكر فى موضع أن القاضى إنما يصير قاضيا إذا بلغ إلى الموضع، ألا ترى أن الأول لاينعزل مالم يبلغ هو البلد وفى موضع آخر ينبغى له أن يقدم نائبه قبل وصوله ليتعرف عن أحوال الناس اه فالأول يفيد أنه لايملكه قبل وصوله إلا أن يقال إن قاضى القضاة مأذون بذلك من السلطان، وهو الواقع الآن اه ملخصا.

قلت: ومانقله ثانيا صريح فى أن له الإنابة قبل وصوله والتعليل بالتعرف عن أحوال الناس لاينافى أن للنائب القضاء قبل وصول المنيب لأن التعرف يكون بالقضاء فحينئذ إذا وصل نائبه فالظاهر انعزال الأول، لأن النائب قائم مقام المنيب، وقد عللوا لعدم انعزال الأول قبل وصول الثانى بصيانة المسلمين عن تعطيل قضاياهم وبوصول نائب الثانى لاتتعطل قضاياهم وحيث كان الواقع الآن هو الإذن من السلطان فلا كلام وبه لندفع ماقيل إنه لايعول على ماأفتى به فى البحر (قوله إلا إذا فوض إليه) ومثله نائب القاضى قال فى البحر وفى الخلاصة الخليفة إذا أذن

كقوله ول من شئت واستبدل أو استخلف من شئت فإن قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة) فإنه يستخلف بلا تفويض للإذن دلالة ابن ملك وغيره وماذكره منلاخسرو قال فى البحر لا أصل له وإنما هو فهم فهمه من بعض العبارات وقد مر فى الجمعة (نائب القاضى المفوض إليه الاستنابة) فقط لا العزل (نائب عن الأصل) وهو السلطان وحينئذ (فلا يملك أن يعزله القاضى بغير تفويض منه) للعزل أيضا كوكيل وكل

للقاضى فى الاستخلاف فاستخلف رجلا وأذن له فى الاستخلاف جازله الاستخلاف ثم وثم اه (قوله كقوله ول من شئت واستبدل) هذا تنظير لا تمثيل أى فإنه فى الدلالة يملك الاستخلاف والعزل نظير مالوصرح بهما (قوله أو استخلف من شئت) لايصح عطفه على قوله واستبدل ، لأنه يقتضى أنه لو قال ول من شئت واستخلف من شئت يملك العزل أيضا وليس كذلك لأن استخلف بمعنى ول بل نص فى البحر فى هذه الصورة على أنه لايملك العزل فتعين عطفه على قوله ول وعليه فكان المناسب أن يقول كقوله ول أو استخلف من شئت واستبدل (قوله فإن قاضى القضاة الخ) فى موضع التعليل لقوله وفى الدلالة يملكها (قوله فيهم) أى فى القضاة (قوله تقليدا وعزلا) تفسير للإطلاق (قوله فإنه يستخلف بلا تفويض) فإن كان قبل شروعه لحدث أصابه لم يجز أن يستخلف إلا من كان شهد الخطبة ، وإن بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدها جاز نهر : أى لأنه بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح ، وقد وجد فى حق الأصل فتح ، واعترض بما لو استخلف شخصا لم يشهد الخطبة ثم أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه يجوز : وأجيب بأنه لما صح شروعه فيها وصار خليفة للأول التحق بمن شهدها واستظهر فى العناية الجواب بالحاقه بالبانى لتقدم شروعه فيها (قوله للإذن دلالة) لأن المولى عالم بتوقتها وأنه إذا عرض عارض فاتت لا إلى خلف ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض (١) فتح. قال فى النهر وهو ظاهر فى جواز الاستخلاف للمرض ونحوه ، وتقييد الزيلعى بالحدث لا دليل عليه وقدمنا فى الجمعة مسألة الاستنابة بغير عذر فارجع إليه اه .

وحاصل مامر فى الجمعة أنه قيل لايصح الاستخلاف بلا إذن السلطان إلا إذا سبقه الحدث فيها وقيل إن لضرورة جاز أى لحدث أو غيره وإلا فلا وقيل يجوز مطلقا وعليه مشى فى شرح المنية والبحر والنهر ، وكذا الشرنبلالى والمصنف والشارح (قوله وما ذكره منلا خسرو) أى فى الدرر والغرر من باب الجمعة من أنه لايستخلف للصلاة ابتداء بل بعد ماأحدث إلا إذا كان مأذونا من السلطان بالاستخلاف اه وهو مامر عن الزيلعى (قوله وقد مر فى الجمعة) ومر أيضا هناك عن العلامة محب الدين بن جرباش فى النجعة فى تعداد الجمعة أن إذن السلطان بإقامة الخطبة شرط أول مرة للبانى، فيكون الإذن منسحبا لتولية النظار الخطباء، وإقامة الخطيب نائبا ولا يشترط الإذن لكل خطيب اه بحر وقدمنا هناك نحوه عن فتاوى ابن الجلبى وذكرنا هناك أن معناه أن إذن السلطان شرط فى أول مرة ، فإذا أذن لشخص باقامتها كان له الإذن لآخر وللآخر الإذن لآخر وهكذا ، وليس المراد أن إذن السلطان باقامتها أول مرة يكون إذنا لكل من أراد إقامتها فى ذلك المسجد بدون إذن من السلطان أو من مأذونه كما يوهمه ظاهر العبارة وتقدم تمامه فراجعه (قوله المفوض إليه) بالجر نعت للقاضى (قوله بغير تفويض منه)أى من السلطان درر (قوله كوكيل وكل) أى بإذن الموكل فإنه لايملك عزله ولاينعزل بموته ، وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصى حيث يملك الإيصاء إلى غيره، ويملك التوكيل والعزل فى حياته لرضا الموصى بذلك دلالة لعجزه بحر

---

(١) قوله (غرض للأعراض) الأول بالغين المعجمة وهو الهدف الذى يرمى إليه والثاني بالمهملة جمع عرض بمعنى عارض فالإنسان شبه بالهدف والأعراض مشبهة بالسهام اه منه .

(و) كذا (لاينعزل) أيضا فعزله ولا بموته ولابموت السلطان بل بعزله زيلعى وعينى وابن ملك وغيرهم فى الوكالة واعتمده فى الدرر والملتقى وفى البزازية وعليه الفتوى وتمامه فى الأشباه وفى فتاوى المصنف وهذا هو المعتمد فى المذهب لا ماذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب (ونائب غيره) أى غير المفوض إليه (إن قضى عنده أو) فى غيبته و (أجازه) القاضى (صح) قضاؤه لو أهلا بل لو قضى فضولى أو هو فى غير نوبته وأجازه جاز لأن المقصود حصول رأيه بحر قال وبه علم دخول الفضولى فى القضاء.

[فرع] فى الأشباه والمنظومة المحبية لو فوض لعبد ففوض لغيره صح ولو حكم بنفسه لم يصح ولو عتق فقضى صح بخلاف صبى بلغ (وإذا رفع إليه حكم قاض) خرج المحكم ودخل الميت والمعزول والمخالف لرأيه

(قوله وكذا لاينعزل أيضا بعزله) أى لاينعزل النائب بعزل القاضى أى بعزل السلطان له (قوله ولا بموته) أى موت القاضى المستنيب (قوله ولا بموت السلطان) أى لاينعزل النائب به كما لاينعزل المستنيب ، بخلاف موت الموكل فإنه ينعزل به الوكيل والفرق كما فى وكالة الزيلعى أن السلطان عامل للمسلمين فلا ينعزل بموته القاضى الذى ولاه هو أو ولاه القاضى بإذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه (قوله بل بعزله) أى بعزل السلطان للنائب (قوله واعتمده فى الدرر) أى فى متنها حيث قال : ولاينعزل أى نائب القاضى بخروجه أى القاضى عن القضاء ، وقال فى الملتقى فنائبه لاينعزل بعزله ولا بموته بل هو نائب السلطان الأصيل اه فالضمير راجع إلى عدم عزل النائب بموته القاضى أو بعزله ط (قوله وتمامه فى الأشباه) قال فيها فتحرر من ذلك اختلاف المشايخ فى انعزال النائب بعزل القاضى ، وموته وقول البزازية الفتوى على أنه لاينعزل بعزل القاضى يدل على أن الفتوى على أنه لاينعزل بموته بالأولى، ثم نقل عن التتارخانية القاضى رسول عن السلطان فى نصب النواب اه ط (قوله وفى فتاوى المصنف الخ) حيث سئل عما ذكره ابن الغرس ، من أن نائب القاضى فى زماننا ينعزل بعزله أو بموته فإنه نائبه من كل وجه أجاب : لايعتمد على ماذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب فقد نقل الثقات أن النائب لاينعزل بعزل الأصيل ولا بموته قال الزيلعى من كتاب الوكالة لايملك القاضى الاستخلاف إلا بإذن الخليفة ، ثم لاينعزل بعزل القاضى الأول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما ولا ينعزلان بموته ، وهو المعتمد فى المذهب ولم نر خلافا فى المسألة والله سبحانه أعلم اه لكن الخلاف موجود كما مر عن الأشباه (قوله صح قضاؤه لو أهلا) فى التتارخانية عن المحيط ولو أن السلطان لم يأذن له فى الاستخلاف ، فأمر رجلا فحكم بين اثنين لم يجز حكمه ، ثم إن القاضى لو أجاز ذلك الحكم ينظر إن كان بحال يجوز حكمه لو كان قاضيا جاز إمضاء القاضى حكمه ؛ وإن كان بحال لايجوز حكمه لو كان قاضيا ينظر إن كان مما يختلف فيه الفقهاء كالحدود فى القذف جاز إمضاؤه ذلك وإن كان عبدا أوصبيا لم يجز (قوله بل لو قضى فضولى) أى من غير استخلاف أصلا (قوله أو هو)أى القاضى كما لو كان مولى فى كل أسبوع يومين ، فقضى فى غير اليومين توقف قضاؤه ، فإن أجازه فى نوبته جاز جامع الفصولين (قوله فى القضاء) أى ليس خاصا بعقد نحو البيع والنكاح (قوله ففوض لغيره صح) ظاهره ولو بدون الإذن الصريح ، لأنه مأذون دلالة للعلم بأن قضاءه بنفسه لايصح تأمل (قوله ولو عتق الخ) ومثله لو فوض لكافر فأسلم فهو على قضائه عند محمد كما قدمناه عند قوله : أهله أهل الشهادة وقدمنا هناك وجه الفرق بينهما وبين الصبى ، حيث يحتاج إلى تجديد التفويض (قوله خرج المحكم) فإنه إذا رفع حكمه إلى قاض أمضاه إن وافق مذهبه ، وإلا أبطله لأن حكمه لايرفع خلافا كما يأتى فى التحكيم ح (قوله ودخل الميت الخ) وكذا قاضى البغاة فإذا رفع إلى قاضى العدل نفذه كما ذكره الشارح عند قول المصنف فيما مر ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر وأهل البغى ؛ وقدمنا فيه ثلاثة أقوال وأن المعتمد أنه ينفذه وافق رأيه أولا فافهم (قوله والمخالف لرأيه) أى رأى القاضى المرفوع إليه

لأنه نكرة فى سياق الشرط فتعم فافهم (آخر) قيد اتفاق إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك ابن كمال (نفذه) أى ألزم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهدا فيه

الحكم لكن فيه تفصيل يأتى قريبا ، وأما لو كان القاضى الأول حكم بخلاف رأيه، فسيأتى فى قول المصنف قضى فى مجتهد فيه الخ ؛

مطلب فى عموم النكرة فى سياق الشرط

(قوله لأنه نكرة الخ) تعليل لقوله ودخل الخ قصد به الرد على الزيلعى حيث ذكر أن كلام المصنف يوهم اختصاصه بما إذا كان موافقا لرأيه، وقد تبع الشارح فى هذا التعليل صاحب البحر ؛ وفيه نظر وكان المناسب أن يقول بدله لأنه مطلق عن التقييد : أما العموم فممنوع لما صرحوا به فى كتب الأصول كالتحرير وغيره من أن النكرة إنما تعم نصا إذا وقعت فى سياق النفى ، ومنه وقوعها فى الشرط المثبت إذا كان يمينا لأنها تكون على النفى كقوله إن كلمت رجلا فعبدى حر ، فإن الحلف على نفيه فالمعنى لا أكلم رجلا فهى نكرة فى سياق النفى فتعم ؛ ولهذا لا تعم فى الشرط المثبت مثل إن لم أكلم رجلا لأنه على الإثبات كأنه قال لأكلمن رجلا فلا تعم وأما الشرط فى غير اليمين مثل إن جاءك رجل فأطعمه فليس نصا فى العموم ومثله ما نحن فيه فافهم .

مطلب ماينفذ من القضاء ومالا ينفذ

(قوله إذ حكم نفسه قبل ذلك) أى قبل الرفع إليه كذلك أى كحكم قاض آخر فى أنه ينفذه إذا رفع إليه ويكون هذا رافعا للخلاف فيه ، ولا يحتاج فى نفوذه على المخالف إلى قاض آخر لكن ذكر ذلك ابن الغرس سؤالا وأجاب عنه بأنه لا يصح ،لأنه غير ممكن شرعا إذ القاضى لا يقضى لنفسه بالإجماع ، والحكم به حكم بصحة فعل نفسه فيلغو اه .

قلت : هذا ظاهر بالنسبة إلى رفع الخلاف أما بالنسبة إلى منع الخصم وإلزامه به فلا فتأمل (قوله نفذه) أى يجب عليه تنفيذه (قوله لو مجتهدا فيه) بنصب مجتهدا خبرا لكان المقدرة بعد لو واسمها ضمير عائد إلى حكم العائد إليه ضمير نفذه .

ثم اعلم أنهم قسموا الحكم ثلاثة أقسام ، قسم يرد بكل حال وهو ما خالف النص أو الإجماع كما يأتى وقسم يمضى بكل حال ، وهو الحكم فى محل الإجتهاد ، بأن يكون الخلاف فى المسألة وسبب القضاء وأمثلته كثيرة منها لو قضى بشهادة المحدودين بالقذف بعد التوبة وكان يراه كشافعى ؛ فإذا رفع إلى قاض آخر لا يراه كحنفى يمضيه ولا يبطله ، وكذا لو قضى لامرأة بشهادة زوجها وآخر أجنبى ، فرفع لمن لا يجيز هذه الشهادة أمضاه ، لأن الأول قضى بمجتهد فيه فينفذ ،لأن المجتهد فيه سبب القضاء ، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا فالخلاف فى المسألة وسبب الحكم لا فى نفس الحكم ، وكذا لو سمع البينة على الغائب بلا وكيل عنه ، وقضى بها ينفذ لأن المجتهد فيه سبب القضاء ، وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر ، فإذا رآها صح . وسيأتى اختلاف الترجيح فى الأخيرة . وقسم اختلفوا فيه : وهو الحكم المجتهد فيه وهو ما يقع الخلاف فيه بعد وجود الحكم فقيل ينفذ ، وقيل يتوقف على إمضاء قاض آخر وهو الصحيح كما فى الزيلعى وغيره وبه جزم فى الخانية وحكى ابن الشحنة فى رسالته المؤلفة فى الشهادة على الخط عن جده ترجيح الأول ، فإذا رفع إلى الثانى فأمضاه يصير كأن القاضى الثانى حكم فى فصل مجتهد فيه فليس للثالث نقضه ولو أبطله الثانى بطل ، وليس لأحد أن يجيزه كما لو قضى اولده على أجنبى

عالما باختلاف الفقهاء فيه فلو لم يعلم لم يجز قضاؤه ولا يمضيه الثانى فى ظاهر المذهب زيلعى وعينى وابن كمال لكن فى الخلاصة ويفتى بخلافه وكأنه تيسيرا فليحفظ

أولامرأته أو كان القاضى محدودا فى قذف ، لأن نفس القضاء مختلف فيه وسيشير الشارح إلى القسم الأخير وتمام الكلام على ذلك فى رسالة ابن الشحنة المذكورة والبزازية وسيأتى له مزيد تحقيق (قوله عالما) حال من قول المصنف قاض آخر ، وساغ مجىء الحال منه وهو نكرة لتخصصها بالوصف ، وهو آخر ولا يصح كونه خبرا بعد خبر لكان المقدرة بعد لوفى قوله لو مجتهدا فيه ، لأن الضمير المستتر فيها عائد إلى الحكم كما علمت ، فيلزم أن يكون الضمير المستتر فى عالما عائدا إلى الحكم أيضا ولا يصح :

مطلب مهم فى قولهم يشترط كون القاضى عالما باختلاف الفقهاء

(قوله عالما باختلاف الفقهاء فيه الخ) أقول: ذكر ذلك أيضا فى البحر فذكر أن هذا شرط نفاذ القضاء فى ظاهر المذهب ثم ذكر عبارة الخلاصة ثم قال: والتحقيق المعتمد أن علمه بكون ماحكم به مجتهدا فيه شرط ، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية ، فلا ويدل عليه مافى الفتاوى الصغرى اه ثم ذكر مسألة قضاء القاضى مخالفا لرأيه ، وأطال الكلام عليها . وسيذكرها المصنف فى قوله قضى فى مجتهد فيه ، بخلاف رأيه الخ ويأتى الكلام عليها ، وهذه غير مسألة اشتراط العلم التى نحن فيها ولم يوفها صاحب البحر حقها ، حتى اشتبهت على بعض المحشين فتكلم عليها بما قالوه فى المسألة الثانية الآتية ، مع أنهما مسألتان متغايرتان فافهم ومسألة اشتراط العلم وقع فيها نزاع ، وقد ألف فيها العلامة المحقق الشيخ قاسم رسالة :

حاصلها : أن وضع المسألة المذكورة فى قضاء القاضى المجتهد فى حادثة له فيها رأى مقرر قبل قضائه فى تلك الحادثة التى قصد فيها المتفق عليه ، فحصل حكمه فى المحل المختلف فيه ، وهو لايعلم ثم بان أن قضاءه هذا على خلاف رأيه المقرر قبل هذه الحادثة ، فحينئذ لاينفذ قضاؤه ، وأما إذا وافق قضاؤه رأيه فى المسألة ولم يعلم حال قضائه أن فيها خلافا ، فلم يقل أحد من علماء الإسلام بأنه لاينفذ قضاؤه ، خلافا لمن زعم ذلك وبيان ذلك بالنصوص الصريحة منها قول الإمام حسام الدين الشهيد فى الفتاوى الصغرى إذا قضى فى فصل مجتهد فيه ، وهو لايعلم بذلك لاينفذ ، فإنه ذكر فى السير الكبير : رجل مات وله مدبرون حتى عتقوا ، ثم جاء رجل وأثبت دينا على الميت ، فباعهم القاضى على ظن أنهم عبيد وقضى بجوازه ، ثم ظهر أنهم مدبرون كان قضاؤه بذلك باطلا ، وإن مضى فى فصل مجتهد فيه ، وهو جواز بيع المدبر لكن لما لم يعلم بذلك كان باطلا اه :

فعلم أن الضابط أخذ من فرع وقع فيه القضاء على خلاف رأيه السابق وهو أن المدبر لايباع ، فلذا كان قضاؤه باطلا وعدم العلم دليل دليل بقاء رأيه السابق ، أما لو كان عالما وقضى على خلاف رأيه السابق حمل على تبدل اجتهاده بدليل مافى السير الكبير فى باب الفداء الذى يرجع إلى أهله حيث قال: مات وله رقيق ، وعليه دين كثير فباع القاضى رقيقه ، وقضى دينه ثم قامت البينة لبعضهم أن مولاه كان دبره ، فإن بيع القاضى فيه يكون باطلا ، ولو كان القاضى عالما بتدبيره واجتهد وأبطل تدبيره لكونه وصية وباعه فى الدين ثم ولى قاض آخر يرى ذلك خطأ فإنه ينفذ قضاء الأول الخ فعلم أن عدم الأخذ ليس هو لعدم العلم بل لكونه بيع الحر وقال الحسام أيضا قال فى كتاب الرجوع عن الشهادة : إذا قضى القاضى بشهادة محدودين فى قذف ، وهو لا يعلم بذلك ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه ، وهو محمول على محدودين شهدا بعد التوبة كما فى قضاء شرح الجامع ومن المعلوم أن قضاء هذا على خلاف رأيه المقرر قبل ذلك فلذا لم ينفذ ، فعدم النفاذ لعدم صحة الشهادة لا لعدم العلم ، فإذا ظهر أن

بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر وإلا كان إفتاء فيحكم بمذهبه لا غير بحر وسيجىء آخر الكتاب وأنه إذا ارتاب فى حكم الأول له طلب شهود الأصل قال وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر

هذا فى قضاء القاضى المجتهد ، وأن اعتبار العلم وعدمه إنما هو للدلالة على البقاء على الاجتهاد الأول أوتبدله ، وأنه لو كان على وفق رأيه نفذ وإن لم يعلم بالخلاف ظهر لك أن اعتبار هذا فى القاضى المقلد جهالة فاحشة ، وخرق لما أجمعت عليه الأمة فى أن المقلد إذا قضى بقول إمامه مستوفيا للشروط نفذ قضاؤه ، سواء علم أن فى المسألة خلافا أولا وصار المختلف فيه بقاؤه متفقا عليه كما صرحت به نصوص المختصرات والمطولات وامتنع نقضه بالإجماع هذا خلاصة ما فى تلك الرسالة .

وحاصله أن اشتراط كون القاضى المجتهد عالما بالخلاف إنما هو لبيان أن الموضع المختلف فيه الذى لم يقصد الحكم به لعدم علمه به كصحة بيع المدبر ، وقبول شهادة المحدود لا يصير محكوما به فى ضمن الحكم الذى قصده وهو بيع عبد المديون لقضاء دينه وقبول شهادة العدل فى الصورتين السابقتين ونحوهما إذ لاوجه لصيرورته محكوما به مع عدم علمه به ، وقصد له ومع كونه مخالفا لرأيه ، بخلاف ما إذا كان عالما به ، وقصد الحكم به ، فإنه وإن خالف رأيه يصح حكمه به ، ويكون ذلك رجوعا عن رأيه السابق لتغير اجتهاده فينفذ وإذا رفع إلى قاض آخر أمضاه وهذا كلام فى غاية التحقيق ، وحيث كان هذا هو ظاهر الرواية فلا يعدل عنه وكأن صاحب الخلاصة فهم أن المراد اشتراط علمه بالخلاف فيما قصد الحكم به أو لم يقصد فلذا قال : ويفتى بخلافه ولا سيما إن كان فهم أيضا أنه شرط فى المجتهد وغيره إذ لا شك فى عسر ذلك ولا سيما على قضاة زماننا فافهم والله سبحانه أعلم (قوله بعد دعوى صحيحة الخ) الظرف متعلق بحكم فى قوله : حكم قاض أو بمحذوف خبر أيضا لكان المقدرة بعد لو فى قوله لو مجتهدا فيه قال فى البحر أول كتاب القضاء ، فإن فقد هذا الشرط لم يكن حكما وإنما هو إفتاء صرح به الإمام السرخسى ، وبأنه شرط لنفاذ القضاء فى المجتهدات .

ونقل الشيخ قاسم فى فتاواه الاجماع عليه ثم قال هنا فى البحر فالحاصل : أن الحكم المرفوع لابد أن يكون فى حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به العمادى والبزازى ، وقالا حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء لأنه فتوى اه فلو رفع إلى حنفى قضاء مالكى بلا دعوى ، لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه ، ولابد فى إمضاء الثانى لحكم الأول من الدعوى أيضا كما سمعت اه أى لابد فى حكم الثانى إذا رفع إليه حكم الأول ، من أن يكون أيضا بعد دعوى صحيحة كما نقله قبله عن البزازية وهذه الدعوى والخصومة تسمى الحادثة لحدوثها عند القاضى ليحكم بها ، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة فإنه لم يحدث بدون الخصومة فيه ، فلذا لم يصح حكمه به قبلها كما يأتى بيانه فى الموجب قريبا .

ثم اعلم أن اشتراط تقدم الدعوى إنما هو فى القضاء القصدى القولى دون الضمنى والفعلى كما سنحققه فى الفروع وكذا ما تسمع فيه الدعوى حسبة ومنه الوقف كما يأتى قريبا (قوله وإلا لا) أى وإذا لم يكن حكم الأول بعد دعوى صحيحة لم يكن قضاء صحيحا بل كان إفتاء أى بيانا لحكم الحادثة وإذا كان إفتاء لم يلزم القاضى الثانى تنفيذه بل يحكم بمقتضى مذهبه وافق حكم الأول أو خالفه فافهم (قوله وسيجىء آخر الكتاب) أى فى مسائل شتى قبيل الفرائض وحاصله ما قدمناه عن البحر (قوله وأنه إذا ارتاب الخ) عطف على الضمير المستتر فى سيجىء فإن هذا الحكم مذكور هناك أيضا اه ح لكن هذا ذكره فى البحر وقال فى النهر : ولم أجده لغيره وتبعه الحموى ط (قوله قال) أى صاحب البحر ، وسبقه إلى ذلك العلامة ابن الغرس (قوله وبه عرف) أى بما ذكر

لترك ما ذكر وقد تعارفوا فى زماننا القضاء بالموجب

فإنه أفاد أن شرط صحة الحكم كونه بعد دعوى صحة الخ (قوله لترك ما ذكر) فمؤداها إحاطة القاضى الثانى عاما بحكم القاضى الأول على وجه التسليم له ، وأنه غير معترض عنده ويسمى اتصالا ويتجوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه اه ابن الغرس :

قلت : وللعلامة ابن نجم صاحب البحر رسالة فى الحكم بلا تقدم الدعوى وقال فى آخرها : واعلم أن هذا فيما نشترط فيه الدعوى ، وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها لكونه حق الله تعالى ، فتقبل البينة بلا دعوى ويحكم به كما فى البزازية والظهيرية والعمادية وغيرها فعلى هذا لا إنكار على التنافيذ الواقعة فى زماننا لكتب الأوقاف لأن حاصلها إقامة البينة على حكم قاض بالوقف فقولهم إن التنافيذ فى زمننا ليست أحكاما إنما هو فى غير الوقف الخ اه ملخصا :

قلت : لكن هذا ظاهر فى الوقف على الفقراء وفى إثبات مجرد كونه وقفا ، أما كونه موقوفا على فلان أو فلان وأن الواقف شرط كذا أو كذا فهذا حق عبد فلابد فيه من دعواه لاثبات حقه ، وكذا فى إثبات شروطه كما يعلم مما ذكرناه فى كتاب الوقف فتأمل .

مطلب مهم فى الحكم بالموجب

(قوله وقد تعارفوا الخ) هذا من متعلقات اشتراط صحة الدعوى من خصم على خصم حاضر لصحة القضاء وبيانه أنه إذا وقع تنازع فى موجب خاص ، من مواجب ذلك الشىء الثابت عند القاضى ، ووقعت الدعوى بشروطها كان حكما بذلك الموجب فقط دون غيره ، فلو أقر بوقف عقار عند القاضى ، وشرط فيه شروطا وسلمه إلى المتولى ثم تنازعا عند القاضى الحنفى فى صحته ولزومه ، فحكم بهما وبموجبه لا يكون حكما بالشروط فللشافعى أن يحكم فيها بمقتضى مذهبه ، ولا يمنعه حكم الحنفى السابق وتمامه فى الأشباه وذكر فى البحر : أن القاضى إذا قضى بشىء فى حادثة بعد دعوى صحيحة لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه إلى أن قال فقد علمت من ذلك كثيرا من المسائل ، فإذا قضى شافعى بصحة بيع عقار ، وموجبه لايكون حكما منه بأنه لا شفعة للجار لعدم حادثتها ، وكذا إذا قضى حنفى لا يكون حكما بأن الشفعة للجار ، وإن كانت الشفعة من مواجبه لأن حادثتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضى بها ، وكذا إذا قضى مالكى بصحة التعليق فى اليمين المضافة لا يكون حكما بأنه لايصح نكاح الفضولى المجاز بالفعل لعدمه وقته فافهم فإن أكثر أهل زماننا عنه غافلون اه وكذا قال العلامة قاسم أما كون الحكم حادثة فاحتراز عما لم يحدث بعد كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكما بالفسخ بموت أحد المتؤاجرين لأنه لم توجد فيه خصومة اه :

قلت : وقد ظهر من هذا أن المراد بالموجب هنا الذى لا يصح به الحكم هو ما ليس من مقتضيات العقد ، فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ، ودخوله فى ملك المشترى ، واستحقاق التسليم ، والتسلم فى كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له ، فيكون الحكم به حكما بها بخلاف ثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار مثلا ، فإن العقد لا يقتضى ذلك أى لا يستلزمه فكم من بيع لا تطلب فيه الشفعة ، فهذا يسمى موجب البيع ، ولا يسمى مقتضى وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية إن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشىء ، وهو والمقتضى مختلفان خلافا لمن زعم اتحادهما إذ المقتضى لا ينفك ، والموجب قد ينفك فالأول كانتقال الملك للمشترى بعد لزوم البيع ، والثانى كالرد بالعيب والموجب أعم

لأنه الأثر اللازم سواء كان ينفك أولا اه وهذا أحسن مما قاله العلامة ابن الغرس من أن موجب الشيء ما أوجبه ذلك الشيء واقتضاه ، فالموجب والمقتضى فى الأصل واحد ، ولكن يلزم من بعض الصور أن الموجب فى باب الحكم أعم ، وهو التحقيق إذ لو باع مدبره ثم تنازعا عند القاضى الحنفى ، فحكم بموجب ذلك البيع صح الحكم ومعناه الحكم ببطلان ذلك البيع ، ومن المعلوم أن الشيء لا يقتضى بطلان نفسه فظهر أن الحكم في هذه الصورة لا يكون حكما بالمقتضى ، وإلا كان باطلا وكان للشافعى نقضه ، والحكم بصحة البيع إذ لا مقتضى للبيع عند الحنفى لأنه باطل ويصح عند الحنفى أن يقال موجب هذا البيع البطلان اه ملخصا . وإنما قلنا إن ما مر أحسن لأنه يرد على ما قاله ابن الغرس أنه كما يقال إن الشيء لا يقتضى بطلان نفسه ، فكذلك يقال إنه لا يوجب بطلان نفسه ، فدعواه أنهما فى الأصل بمعنى واحد ، وأن هذا السبب هو الداعى إلى الفرق بينهما هنا غير مسلم ، فالظاهر أن الفرق بينهما هو اشتراط عدم الإنفكاك فى المقتضى لا فى الموجب فالموجب أعم فالحكم بالموجب عندنا لا يصح ، ما لم يكن حادثة بأن وقع فيه الترافع ، والتنازع عند الحاكم كما مر ، فإذا وقع التنازع فى صحة البيع ولزومه فحكم بموجب ذلك البيع كان حكما بصحته . وبباقى مقتضياته الشرعية التى لا تنفك عنه كملك المشترى المبيع ، ولزوم دفعه الثمن ونحو ذلك بخلاف ، وجبه المنفك عنه كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة لعدم الحادثة كما قلنا .

مطلب الموجب على ثلاثة أقسام

ثم اعلم أن ابن الغرس ذكر أن الموجب على ثلاثة أقسام لأنه إما أن يكون أمرا واحدا أو أمورا يستلزم بعضها بعضا أولا ، فالأول : كالقضاء بالأملاك المرسلة والطلاق والعتاق إذ لا موجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة ، والثانى : كما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به ، فأنكر الدين فأثبته وحكم بموجب ذلك فالموجب هنا أمران لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل والثانى : يستلزم الأول فى الثبوت والثالث : كما إذا حكم شافعى بموجب بيع عقار اقتصر الحكم على ما وقعت به الدعوى فلا يكون حكما بأنه لا شفعة للجار وهكذا فى نظائره هذا حاصل ما قرره ابن الغرس وتبعه فى النهر وزاد عليه قسما رابعا لكنه يرجع إلى كونه شرطا للقسم الثانى كما يظهر بالتأمل لمن راجعه :

[تنبيه] قدمنا آنفا عن البحر عن فتاوى الشيخ قاسم أنه نقل الإجماع على أن تقدم الدعوى الصحيحة شرط لنفاذ الحكم ، وأيد ذلك صاحب البحر فى رسالة ألفها فى ذلك ، ثم قال فقد استفيد مما فى هذه الكتب المعتمدة أنه لا فرق بين ما إذا كان القاضى حنفيا أو غيره إلى أن قال : ومما فرعته على أن قضاء المخالف إذا رفع إلينا فإنا نمضيه فيما وقع حكمه به لا فى غيره مالو قضى شافعى ببينة ذى اليد على خارج نازعه ، ثم تنازع ذو اليد وخارج آخر عند حنفى فإنه يسمع الدعوى ولا يمنعه قضاء الشافعى من سماعها بناء على أن مذهبنا أن القضاء بالملك لا يكون قضاء على الكافة ، بل يقتصر على المقضى عليه ، وهو الخارج الأول وإن كان مذهب الحاكم تعديه كما قدمناه من أن قضاء المالكى بغير دعوى غير صحيح عندنا وإن صح عنده ، فإذا رفع إلينا لا ننفذه ، وكذلك هنا لا نتعرض لحكمه على الخارج الأول ، وأما الثانى فلم يقع حكمه عليه على مقتضى مذهبنا ، ومما فرعته لو حجر شافعى على سفيه بعد دعوى صحيحة ، ثم رفعت إلينا حادثة من تصرفاته فإنا نحكم بمذهب أبى يوسف ومحمد للحجر على السفيه فإنهما وإن وافقا الشافعى فى أصل الحجر ، لم يوافقاه فى أنه يؤثر فى كل شيء وإنما يؤثر عندهما فيما يؤثر فيه الهزل ، فإذا تزوجت السفيهة التى حجر عليها شافعى ، ولم يرفع نكاحها إليه ولم يبطله بل رفع الى حنفى ، فله

وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه فى ظن القاضى شرعا من حيث إنه يقضى به فإذا حكم حنفى بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع

أن يحكم بصحته لو الزوج كفؤا على قولها المفتى به ، ولا يمنعه مذهب الحاجر ، لعدم وجود حادثة التزوج وقت الحجر ، ولم تكن لازمة للحجر حتى تدخل ضمنا لقبول الانفكاك ، لجواز أن لاتتزوج المحجورة أصلا ، وقد توقف فيه بعض من لا اطلاع له على كلامهم اهـ :

قلت : ويعلم منه ما يقع الآن من وقوع التنازع فى صحة الإجارة الطويلة عند قاض شافعى فيحكم بصحتها ، وبعدم انفساخها بموت ولاغيره فإن عدم الانفساخ بالموت لم يصر حادثة وقت الحكم ، لأن الموت لم يوجد وقته ، فللحنفى أن يحكم بالفسخ بالموت كما أفتى به فى الخيرية . وذكر ابن الغرس من هذا القبيل مالو وهب ابنه وسلمه العين الموهوبة ، وقضى شافعى بالموجب ثم بعد مدة رجع الواهب فى هبته وترافعا عند القاضى الحنفى فحكم ببطلان الرجوع قال : وقد حصل التنازع فى هذه المسألة بين أهل المذهبين فقال القاضى الشافعى حكم الحنفى باطل ، لأنى حكمت قبله بموجب الهبة ومن موجبها عندى أن الأب يملك الرجوع ، والحكم فى الخلافية يجعلها وفاقية ، وقال القاضى الحنفى الرجوع حادثة مستقلة وجدت بعد الحكم الأول بمدة طويلة ، فكيف تدخل تحت حكمه ، وأجيب فيها بأن الموجب هنا أمور هى خروج العين من ملك الواجب ، ودخولها فى ملك الموهوب له وملك الواهب الرجوع إذا كان أبا عند الشافعى ، وعدمه عند الحنفى ، فإن كان الداعى عند القاضى ليس إلا فى انتقال العين من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له اقتصر القضاء بالموجب على ذلك ، فإذا كان القاضى الأول شافعيا لايصير كون الأب يملك الرجوع محكوما به ، وإذا كان حنفيا لايصير عدم ملكه ذلك محكوما به ، فللقاضى الثانى أن يحكم بمذهبه : أى لأن الأمر الأول لايستلزم الأمر الثانى فى الثبوت قال : فتبين أن القضاء فى حقوق العباد يشترط له الدعوى الموصلة له شرعا على وجه يحصل به المطابقة إلا ما كان على سبيل الإستلزام الشرعى أى كما فى مسألة الكفالة المارة وليس للقاضى أن يتبرع بالقضاء بين اثنين فيما لم يتخاصما إليه فيه اهـ ملخصا فاغتفر التطويل فى هذا المقام بما حواه من الفوائد العظام (قوله وهو عبارة عن المعنى) أى كخروج المبيع من ملك البائع ، ودخوله فى ملك المشترى ، ووجوب التسلم والتسليم ، ونحو ذلك من مقتضيات البيع ، ولوازمه فذلك المعنى المحكوم به المضاف إلى المبيع المتعلق به فى ظن القاضى شرعا هو الموجوب ههنا ، وهو الذى اقتضاه عقد البيع وأما الحكم بموجب بيع المدبر ، فهو المعنى الذى أضيف إلى ذلك البيع فى ظن القاضى شرعا ، وهو كون ذلك البيع باطلا ولكن هذا المعنى ليس هو مقتضى ذلك البيع إذ البيع لايقتضى بطلان نفسه اهـ ابن الغرس وظهر منه أن المراد بما فى قوله بما أضيف له هو البيع مثلا ، فإن دخول المبيع فى ملك المشترى متعلق بذلك البيع ومضاف إليه شرعا فى ظن القاضى : أى فى قصده من حيث إنه يقضى به : أى يقصد القضاء به وكذا غيره من مقتضيات البيع اللازمة له ، واحترز به عما لايقصد القضاء به لعدم التنازع فيه كثبوت حق الشفعة ، وأفاد أن الموجب قد يكون مقتضى كامثلنا ، وقد يكون غير مقتضى كبطلان بيع المدبر ، فإنه موجب لامقتضى على ماقرره سابقا فافهم . ثم لايخفى أن هذا التعريف مع ما فيه من التعقيد خاص بالموجب الذى وقع الحكم به صحيحا مع أن الموجب أعم منه فإن المعنى المتعلق بذلك البيع المضاف إليه يصدق على ثبوت حق الشفعة فيه وثبوت رده بخيار عيب ونحو ذلك مما ليس من مقتضياته اللازمة له بدليل مامر من أن الموجب قد يكون أمورا يستلزم بعضها بعضا أولا يستلزم فالأظهر والأخصر تعريفه بما قدمناه من أنه الأثر المترتب على ذلك الشىء ، وإن أراد تخصيصه بمايقع به الحكم صحيحا عندنا يزيد على ذلك قولنا إذا صار حادثة

ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لايصح لأن الشىء لايقتضى بطلان نفسه وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم نهر (إلا ما) عرى عن دليل مجمع أو (خالف كتابا) لم يختلف فى تأويله السلف كمتروك تسمية (أو سنة مشهورة)

فيخرج مالا حادثة فيه كما لو حكم شافعى بموجب بيع بعد إنكاره لا يكون حكما بثبوت خيار المجلس مثلا ، مما ليس من لوازمه ومثله ماقدمناه من مسألة الهبة وغيرها هذا ماظهرلى فى هذا المحل فتأمل (قوله فإذا قال(١) الموثق) هو كاتب القاضى الذى يكتب الوثيقة وهى المسماة حجة فى زماننا (قوله وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم) أى من المقتضى ، فإن بطلان بيع المدبر موجب لامقتضى لما ذكره فكل مقتضى موجب ، ولا عكس والضمير فى به عائد إلى قوله ولو قال الموثق الخ فإن الشارح اقتصر على التمثيل ببيع المدبر الذى هو من أفراد الموجب لينبه على أن الموجب لايلزم كونه مقتضى ، فلا يرد ماقيل إن الذى ظهر من عبارته أن بينهما التباين لا العموم فافهم (قوله مجمع) لم يمثل له فى شرحه قال ط : والمراد به كما رأيته بهامشه نحو القضاء بسقوط الدين عند ترك المطالبة به سنين (قوله لم يختلف فى تأويله السلف) الجملة صفة كتابا والمراد بالسلف الصحابة والتابعون رضى الله تعالى عنهم أجمعين ، لقول الهداية المعتبر الاختلاف فى الصدر الأول ، وهم الصحابة والتابعون اه وعليه فلا يعتبر اختلاف من بعدهم كمالك والشافعى ، وسيأتى أنه خلاف الأصح (قوله كمتروك تسمية) أى عمدا فإنه مخالف لظاهر قوله تعالى — ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه — بناء على أن الواو فى قوله وإنه لفسق للعطف ، والضمير راجع إلى مصدر الفعل الذى دخل عليه حرف النهى ، أو إلى الموصول ، واحتمال كونها حالية فتكون قيدا للنهى رد بأن التأكيد بإن واللام ينفيه ، لأن الحال فى النهى مبناه على التقدير كأنه قيل لا تأكلوا منه إن كان فسقا فلايصلح وإنه لفسق ، بل وهو فسق ولو سلم فلا نسلم أنه قيد للنهى بل هو إشارة إلى المعنى الموجب له كلا تهن زيدا وهو أخوك ولا تشرب الخمر وهو حرام عليك نهر موضحا وتمامه فى رسالة ابن نجيم المؤلفة فى هذه المسألة .

مطلب فى الحكم بما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع

(قوله أوسنة مشهورة) قيد بالمشهورة احترازا عن الغريب زيلعى ، ولابد ههنا من تقييد الكتاب بأن لايكون قطعى الدلالة وتقييد السنة : بأن تكون مشهورة أو متواترة غير قطعية الدلالة ، وإلا فمخالفة المتواتر من كتاب أو سنة إذا كان قطعى الدلالة كفر كذا فى التلويح ، وأما إذا وقع الخلاف فى أنه مؤول أوغير مؤول فلابد أن يترجح أحد القولين بثبوت دليل التأويل ، فيقع الاجتهاد فى بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أم لا كذا فى الفتح وظاهر كلامهم يعطى أن آية التسمية على الذبيحة ، لاتقبل التأويل بل هى نص فى المدعى ، وفيه نظر يظهر مما مر نهر أى مامر من احتمال أوجه الإعراب ، على أنه إذا كان المراد من النص ظنى الدلالة كما مر ، فى عدم نفاذ الحكم بمعارضة نظر ظاهر كما قاله العلامة ابن أمير حاج فى شرح التحرير : ثم قال : والذى يظهر أن القضاء بحل متروك التسمية عمدا وبشاهد ويمين ينفذ من غير توقف ، على إمضاء قاض آخر وبيع أمهات الأولاد لاينفذ مالم يمضه قاض آخر اه :

قلت : لكن قد علمت أن عدم النفاذ فى متروك التسمية مبنى على أنه لم يختلف فيه السلف ، وأنه لا اعتبار بوجود الخلاف بعدهم وحينئذ فلا يفيد احتمال الآية أوجها من الإعراب نعم على مايأتى من تصحيح اعتبار اختلاف من بعدهم يقوى هذا البحث ، ويؤيده مافى الخلاصة من أن القضاء بحل متروك التسمية عمدا جائز عندهما

---

(١) قوله (فإذا قال الخ) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح ولو قال الخ وهو الموافق لقول المحشى فى القولة التى بعدها والضمير فى به عائد إلى قوله ولو قال الموثق الخ اه مصححه .

كتحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة المشهور (أو إجماعا) كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيع أم ولد على الأظهر وقيل ينفذ على الأصح (و) من ذلك ما (لو قضى بشاهد ويمين) المدعى لمخالفته للحديث المشهور «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» (أو بقصاص بتعيين الولى واحدا من أهل المحلة أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت أو بصحة بيع معتق البعض

لا عند أبي يوسف، وكذا ما في الفتح عن المنتقى، من أن العبرة في كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال في الفتح: ولا يخفى أن كل خلاف بيننا وبين الشافعي أو غيره محل اشتباه الدليل، فلا يجوز نقضه بلا توقف على كونه بين الصدر الأول. والذي حققه في البحر أن صاحب الهداية أشار إلى القولين، فإنه ذكر أولا عبارة القدوري، وهي وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع، وذكر ثانيا عبارة الجامع الصغير: وهي وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه فما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل الآتية التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي مبني على عبارة القدوري، لا على ما في الجامع، ومن قال: لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي اعتمد قول القدوري: ومن قال باعتباره اعتمد ما في الجامع وفي الواقعات الحسامية عن الفقيه أبي الليث وبه أي بما في الجامع نأخذ، لكن في شرح أدب القضاء أن الفتوى على ما في القدوري اهـ ملخصا. فقد ظهر أنهما قولان مصححان والمتون على ما في القدوري والأوجه ما في الجامع وللداروجهه في الفتح كما يأتي أيضا (قوله كتحليل بلا وطء) أي تحليل المطلقة الثلاث بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملا بقول سعيد بحر (قوله أو إجماعا) المراد منه ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي بحر (قوله كحل المتعة) أي كالقضاء بصحة نكاح المتعة، كقوله: متعيني بنفسك عشرة أيام فلا ينفذ بخلاف القضاء بصحة النكاح المؤقت بأيام أي بدون لفظ المتعة، فإنه ينفذ كما في الفتح وقدمنا عنه في النكاح ترجيح قول زفر بصحة النكاح المؤقت بالغاء التوقيت فينعقد مؤبدا (قوله وكبيع أم ولد الخ) قال شمس الأئمة السرخسي هذه المسألة تبتني على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد، وعندهما لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعها، ثم أجمع المتأخرون على عدمه، فكان القضاء به على خلاف الإجماع عند محمد فيبطله القاضي الثاني، وعندهما لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل اجتهاد فلا ينقضه الثاني لكن قال القاضي أبو زيد في التقويم إن محمدا روى عنهم جميعا أن القضاء ببيعها لا يجوز فتح:

وذكر في التحرير أن الأظهر من الروايات أنه لا ينفذ عندهم جميعا لكن ذكر أيضا عن الجامع أنه يتوقف على قضاء قاض آخر، لأن الإجماع المسبوق بخلاف مختلف في كونه إجماعا ففيه شبهة كخبر الواحد، فكذا في متعلقه وهو ذلك الحكم المجمع عليه وقدمنا تمام الكلام على ذلك في باب الاستيلاد (قوله ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين) مقتضاه أنه لا ينفذ، وإذا رفع إلى قاض آخر أبطله مع أنه قال في الفتح فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ: ويتوقف على إمضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع، وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا اهـ وفي ط عن الهندية ذكر في كتاب الاستحسان أنه ينفذ على قول الإمام لا على قول الثاني اهـ (قوله لمخالفته الخ) الأولى ذكره عقب المسألة الثانية ليكون علة للمسألتين (قوله البينة على من ادعى) كذا في البحر وفي الفتح على المدعى (قوله أو بقصاص الخ) أي إذا قضى القاضي بالقصاص بيمين المدعى أن فلانا قتله، وهناك لوث من عداوة ظاهرة كما هو قول مالك لا ينفذ لمخالفته السنة المشهورة «البينة على المدعى، واليمين على من أنكر» وتمامه في الفتح (قوله أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت) لعل الصواب لا الموقت بلا النافية لما قدمناه قريبا عن الفتح من نفاذ القضاء بصحة الموقت ونقل ط مثله عن الهندية ولم أر من ذكر عدم نفاذه (قوله أو بصحة بيع معتق البعض)

أو بسقوط الدين بمضى سنين أو بصحة) طلاق (الدور وبقاء النكاح) كمامر فى بابه (وقضاء عبد وصبى مطلقا و) قضاء (كافر على مسلم أبدا ونحوذلك) كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة (لاينفذ) فى الكل وعد منها فى الأشباه نيفا وأربعين وذكر فى الدرر لما ينفذ سبع صورمنها لو قضت المرأة بحد وقود

فى الهندية عن الظهيرية : رجل أعتق نصف عبده أو كان العبد بين اثنين أعتقه أحدهما، وهو معسر وقضى القاضى للآخر فى بيع نصيبه فباع ثم اختصما إلى قاض آخر لايرى ذلك ذكر الخصاف أن القاضى يبطل البيع والقضاء وحكى شمس الأئمة الحلوانى عن المشايخ أن ماذكره الخصاف ليس فيه شىء عن أصحابنا ولولا قول الخصاف لقلنا إنه ينفذ قضاؤه لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه اهـ ط (قوله أو بسقوط الدين الخ) أى كما قال بعضهم: إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو فى المصر بطل حقه فلا ينفذ القضاء به لأنه قول مهجور، فإذا رفع إلى آخر أبطله وجعل المدعى على حقه كمافى الخانية (قوله أو بصحة طلاق الدور وبقاء النكاح) أى صحة التعليق فى طلاق الدور لاصحة نفس الطلاق ، فإذا قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا ، فإن القبلية تلغو وتطلق ثلاثا لأن صحة تعليق الثلاث تؤدى إلى إبطاله فلو قضى قاض بصحة التعليق وبطلان الطلاق وإبقاء النكاح لاينفذ (قوله فى بابه)أى فى أول كتاب الطلاق وأوضحنا الكلام عليه هناك فافهم (قوله وقضاء عبد) استشكل بأن العبد يصلح شاهدا عند مالك وشريح فيصلح قاضيا فإذا اتصل به إمضاء قاض آخر ينبغى أن ينفذ كمافى المحدود فى القذف ط عن الهندية (قوله مطلقا) أى سواء قضيا على حر أو عبد بالغ أو صبى مسلم أو كافر اهـ ح (قوله أبدا) محل ذكره بعدقوله لاينفذ كمافى عبارة الغرر (قوله وعد منها فى الأشباه نيفا وأربعين) تقدم الكلام عليها آخر كتاب الوقف فراجعه (قوله وذكر فى الدرر لما ينفذ سبع صور) حيث قال فإن أمضى قضاء من حد فى قذف وتاب أو قضاء الأعمى أو قضاء امرأة بحد أوقود أو قضاء قاض لامرأته أو قاض بشهادة المحدود التائب وبشهادة الأعمى وقاض لامرأة بشهادة زوجها وقاض بحد أو قود بشهادتها نفذ حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث ، لأن الاجتهاد الأول كالثانى ، والأول تأيد باتصال القضاء فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لأنه دونه اهـ .

قلت : وفى هذه العبارة من الخفاء مالا يخفى ، لأن القضاء فى هذه السبع لا ينفذ مالم يمضه قاض آخر ، لأن المجتهد فيه نفس القضاء لاالمقضى به فهوالقسم الثالث من الأقسام الثلاثةالتى ذكرناها عند قول الشارح لومجتهدا فيه فقول الدرر نفذأى إمضاء القاضى الثانى قضاء القاضى الأول المحدود فى قذف الخ : وقوله :حتى لوأبطله ثان الخ صوابه : حتى لو أبطله ثالث لم يبطل فتنبه لذلك فإنى لم أر من نبه عليه ، لكن ماذكرنا من أنه لاينفذ قضاء الأول موافق لما فى الزيلعى ، وهو ظاهر فى الأربعة الأول دون الثلاثة الأخيرة ، بل هو نافذ فيها فيصح أن يقال فيها حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث أى نفذ الثالث قضاء الأول لأنه وقع نافذا ، فلم يصح إبطال الثانى له وهذا هو الموافق لما قدمناه فى بيان الأقسام الثلاثة ، ويوضحه ما فى الخانية والبزازية وغيرهما إذا كان نفس القضاء مختلفا فيه ورفع إلى قاض آخر لايراه له إبطاله ، وإذا رفع إلى من يراه ونفذه ثم رفع إلى ثالث لا يرى ذلك ليس له إبطاله ، فلو كان القاضى هو المحدود فى قذف فرفع حكمه إلى قاض آخر لا يرى جوازه أبطله الثانى ، وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين لايجوز ، فلو رفع إلى آخر لا يراه جاز له إبطاله لأنه كما لايصلح شاهدا لامرأته لا يصلح قاضيا لها ، فإن رفع القضاء الأول إلى من يرى جوازه فأمضاه ، ثم رفع إمضاء الثانى إلى الثالث لا يرى جوازه أمضى الثالث إمضاء الثانى ، ولا يبطله وكذا قضاء الأعمى ، وكذا قضاء المرأة فى حد أو قصاص ، وفيها أيضا لو قضى بشهادة محدود فى قذف ، وهو يراه فرفع إلى من لايراه لايبطله ، وكذا لو قضى بشهادة رجل وامرأتين فى الحدود والقصاص اهـ .

وسيجىء متنا خلافا لما ذكره المصنف شرحا والأصل أن القضاء يصح فى موضع الاختلاف لا الخلاف والفرق أن للأول دليلا لا الثانى وهل اختلاف الشافعي معتبر ؟ الأصح نعم صدر الشريعة (يوم الموت لايدخل تحت القضاء بخلاف يوم القتل) فلو برهن على موت أبيه فى يوم كذا ثم برهنت امرأة أن الميت نكحها بعد ذلك قضى بالنكاح ولو برهن على قتله فيه فبرهنت أن المقتول نكحها بعده

والحاصل : أن الخلاف إذا كان بعد القضاء بأن كان المجتهد فيه نفس القضاء الأول لاينفذ مالم ينفذه قاض ثان فيكون القضاء الثانى هو النافذ ، فإذا رفع إلى ثالث وجب عليه تنفيذه ولا يصح إبطاله إياه ، بخلاف ما إذا كان المجتهد فيه نفس المقضى به قبل القضاء، فإن القضاء به نافذ بدون تنفيذ وإذا رفع إلى آخر نفذه ، وإن لم يكن مذهبه وهذا مامر فى قوله : وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه ، وبخلاف ماخالف الدليل فإنه لاينفذ وإن نفذ ألف قاض كما قاله الزيلعى وهذا مامر فى قوله إلا ماخالف كتابا أوسنة مشهورة أوإجماعا وبه تمت الأقسام الثلاثة فافهم واغتنم تحرير هذا المقام (قوله وسيجىء متنا) أى فى باب كتاب القاضى إلى القاضى ح (قوله خلافا لما ذكره المصنف شرحا) حيث عد هذه الصورة من جملة مالاينفذ لمخالفته الدليل لكن نقل ط عن الهندية حكاية قولين (قوله والفرق الخ) هذه تفرقة عرفية ، وإلا فقد قال تعالى — وما اختلف فيه إلا الذين أوتوه — وما اختلف الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ماجاءتهم البينة — ولا دليل لهم والمراد أنه خلاف لادليل له بالنظر للمخالف ، وإلا فالقائل اعتمد دليلا ثم مسائل الخلاف التى لاينفذها هى ماتقدمت فى قوله إلا ما خالف كتابا الخ ط (قوله الأصح نعم) وقيل إنما يعتبر الخلاف فى الصدر الأول قال فى الفتح : وعندى أن هذا لايعوّل عليه ، فإن صح أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك فى كون المحل اجتهاديا وإلا فلا ولاشك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ، ويؤيده مافى الذخيرة خالع الأب الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها صح عند مالك وبرىء الزوج عنه ، فلو قضى به قاض نفذ وسئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن أبى الصغيرة زوجها من صغير ، وقبل أبوه وكبر الصغيران وبينهما غيبة منقطعة ، وقد كان التزوج بشهادة الفسقة هل يجوز للقاضى أن يبعث إلى شافعى المذهب ليبطل هذا النكاح بسبب أنه كان بشهادة الفسقة قال نعم اه ط :

قلت : والمسألة الثانية لم أرها فى الفتح بل ذكر مسألة غيرها وذكر عبارته فى البحر :

مطلب يوم الموت لايدخل تحت القضاء

(قوله يوم الموت لا يدخل تحت القضاء) أى لا يقضى به قصدا بأن تنازع الخصمان فى يوم موت آخر أنه كان فى يوم كذا ، بخلاف ما إذا كان المقصود غيره كتقديم ملك أحدهما ، ولذا قال فى البزازية فإن ادعيا الميراث وكل منهما يقول : هذا لى ورثته من أبى إن فى يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا فأنصافا ، وإن أحدهما أسبق فهو له عند الإمامين وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضاء، لأن النزاع وقع فى تقديم الملك قصدا اه وفيها ادعى على آخر ضيعة بأنها كانت لفلان وورثتها منه أخته فلانة فماتت وأنا وارثها وبرهن تسمع ، ولو برهن المطلوب أن فلانة ماتت قبل فلان يعنى مورثها صح الدفع ، وفيه نظر لما تقرر أن زمان الموت لايدخل تحت القضاء قيل النزاع لم يقع فى الموت المجرد فصار كالورثة تنازعوا فى تقديم موت المورث من المورث الآخر قبله وبعده كابن الابن مع الابن إذا تنازعا فى تقديم موت أبيه قبل الجد أو بعده اه (قوله فلو برهن على موت أبيه) أى بأن ادعى شيئا لأبيه وبرهن أن أباه مات وتركه ميراثا وأنه مات يوم كذا بيرى عن شرح أدب القضاء (قوله قضى بالنكاح) أى فيجعل لها الصداق والميراث مع الابن لأن يوم الموت لايدخل تحت القضاء ، لأنه لا يتعلق

لاتقبل وكذا جميع العقود والمداينات إلا فى مسألة الزوجة التى معها ولد فإنه تقبل بينتها بتاريخ مناقض لما قضى القاضى به من يوم القتل أشباه

به حكم لأن الميراث لا يستحق بالموت بل بسبب سابق على الموت والنكاح سبب سابق وإذا لم يدخل يوم الموت تحت القضاء جعل وجود ذلك التاريخ وعدمه سواء، ولو عدم تقبل البينتان جميعا ويقضى بحق كل واحد منهما لأن العمل بهما ممكن فكذا هنا اه بيرى عن شرح أدب القضاء. وفيه عن الخانية : ويقضى لها القاضى بالمهر والميراث سواء قضى القاضى ببينة الابن أولا لأن القضاء ببينة الابن بموت الأب لابوقت موته لأن حكم الموت لا يتعلق بوقت الموت بل فى أى وقت يموت يكون ماله لورثته فصار كأن الابن أقام البينة على موت الأب ولم يذكر الوقت وذلك لا يمنع قبول بينة المرأة اه :

[تنبيه] ذكر الخير الرملى فى حاشية البحر من باب دعوى الرجلين إذا كان الموت مستفيضا علم به كل كبير وصغير وعالم وجاهل لا يقضى للخصم ، ولا يكون بطريق أن القاضى قبل البينة على ذلك الموت بل بطريق التيقن بكذب المدعى، وارجع إلى الخانية من كتاب الشهادة فى الفصل الثامن عشر يظهر لك صحة ماقلته اه وبأنى مايؤيده (قوله لا تقبل) قال في الأجناس : وفرق محمد بينهما بأن القتل يتعلق به حق لازم والموت ليس فيه حق لازم: وبيانه أن القتل ظلما لم يخل عن قصاص أودية وفى قبول بينة المرأة على النكاح فى زمان متأخر إسقاط أصل القتل لامتناع أن يكون مقتولا فى زمان ثم يبقى حيا فيتزوج فكان ثبوت القتل يتضمن حقا لازما فلما تضمنت بينة المرأة إسقاط هذا الحق لم يعتد بها ، ولا كذلك بينة الابن على الموت ، لأن المرأة بينتها لا تتضمن إسقاط حق الابن ، لأن الابن يرث مع المرأة كما يرث إذا انفرد فلم تتعارض البينتان فى الإرث بين إسقاطه وإثباته فلذلك لم يمتنع قبول بينتها اه وفى البزازية : وكذا لو برهن الوارث أنه قتل مورثه فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا اليوم بزمان يكون دفعا لدخوله تحت القضاء اه بيرى (قوله وكذا جميع العقود) كالبيع والهبة والنكاح ، فإنها كالقتل تدخل تحت القضاء ، فلو برهن أنه باعه كذا يوم كذا وبرهن آخر أنه باعه بعد ذلك لم تقبل ، ولو برهن أنه باعه قبله يكون دفعا : وفى الولوالجية : ولو أقامت امرأة البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لاتقبل بينتها لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ (قوله إلا فى مسألة الزوجة الخ) أى فإن يوم القتل لا يدخل فيها تحت القضاء: وصورتها كما فى البحر عن الظهيرية ادعى على رجل أنه قتل أباه عمدا بالسيف منذ عشرين سنة وأنه وارثه لا وارث له سواه ، وأقام البينة على ذلك ، فجاءت امرأة ومعها ولد وأقامت البينة أن والد هذا تزوجها منذ خمس عشرة سنة ، وأن هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا قال أبو حنيفة : أستحسن فى هذا أن أجيز بينة المرأة وأثبت نسب الولد ولا أبطل بينة الابن على القتل وكان هذا الاستحسان للاحتياط فى أمر النسب بدليل أنها لو قامت البينة على النكاح ، ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة وهذا قول أبى يوسف ومحمد اه لكن قوله : ولا أبطل بينة الابن على القتل ينافى دعوى الاستثناء ، وعن هذا قال الخير الرملى فى حاشية البحر فى أول باب دعوى الرجلين الظاهر أن حرف النفى زائد ، ولم يذكره فى التتارخانية حيث قال : وأبطل بينة الابن على القتل والقياس أن يقضى ببينة القتل اه .

قلت : ويستثنى أيضا مسألة أخرى ذكرها فى دعوى البحر عن خزانة الأكمل برهن أنه قتل أبى منذ سنة ، وبرهن المشهود عليه أن أباه صلى بالناس الجمعة الماضية قال أبو حنيفة : الأخذ بالأحدث أولى إذا كان شيئا مشهورا اه قال الرملى : وهذا يقيده به ما مضى أيضا وهو قيد لازم لابد منه حين لو اشتهر موت رجل عند

واستثنى محشوها من الأول مسائل منها ادعياه ميراثا فللأسبقهما تاريخا :
برهن الوكيل على وكالته وحكم بها فادعى المطلوب موت الطالب صح الدفع :
برهن أنه شراه من أبيه منذ سنة وبرهن ذو اليد على موته منذ سنتين لم تسمع وقيل تسمع وسره أن القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث إنه موت ليس محلا للنزاع ليرتفع بإثباته بخلاف القتل فإنه من حيث هو محل للنزاع كما لا يخفى (وينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهرا وباطنا) حيث كان المحل قابلا والقاضي غير عالم بزورهم (فى العقود) كبيع ونكاح (والفسوخ) كإقالة وطلاق

الناس منذ عشرين سنة فادعى رجل أنه اشترى منه داره منذ سنة لا يقبل ، ثم رأيت ما يشهد به صريحا فى التتارخانية فى الفصل الثامن فى التهاتر لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون فى قذف من قاضى بلد كذا فأقام الشهود أن القاضى مات فى سنة كذا لا يقضى به إذا كان موت القاضى قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضا اه مختصرا فراجعه إن شئت اه (قوله من الأول) وهو أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء (قوله ادعياه ميراثا الخ) قدمناه عن البزازية (قوله برهن الوكيل) أى بقبض المال جامع الفصولين (قوله صح الدفع) أى إذا برهن المطلوب على الموت لأنه ينعزل به الوكيل فالحكم بالموت هنا لا لذاته بل لأجل العزل (قوله من أبيه) أى من أبى ذى اليد (قوله لم تسمع) هو الصواب ، لأن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء اه قنية من باب دفع الدعاوى. قلت : ووجهه أنه قضاء بيوم الموت قصدا ، لأن ما تضمنه وهو عدم الشراء لا تصح البينة عليه ، لأنه نفى فتمحض قضاء بالموت فلا يصح (قوله وقيل تسمع) وعليه فهى من المستثنيات كما فى البحر (قوله وسره الخ) مرتبط بالمتن والمراد بيان وجه الفرق ، ولما كان خفيا عبر عنه بالسر (قوله من حيث أنه موت) أما إذا كان المقصود من ذكره غيره مما تقام عليه البينة فيكون هو محل النزاع فيدخل تحت القضاء كمسألة دعوى الميراث فإن المقصود من تاريخ الموت تقدم الملك وكمسألة دعوى الوكالة فإن المقصود منه انعزال الوكيل (قوله فإنه من حيث هو) محل للنزاع قدمنا وجهه فى عبارة الأجناس :

مطلب فى القضاء بشهادة الزور

(قوله وينفذ القضاء بشهادة الزور) قيد بها لأنه لو ظهر الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين فى قذف لم ينفذ إجماعا ، لأنها ليست بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف ، ولإمكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة بحر ثم قال : وفى القنية : ادعى عليه جارية أنه اشتراها بكذا فأنكر فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول تحل الجارية للمدعى ديانة وقضاء كما فى شهادة الزور اه فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور اه (قوله ظاهرا وباطنا) المراد بالنفاذ ظاهرا أن يسلم القاضى المرأة إلى الرجل ، ويقول سلمى نفسك إليه فإنه زوجك ويقضى بالنفقة والقسم وبالنفاذ باطنا أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى ط (قوله حيث كان المحل قابلا الخ) شرطان للنفاذ ، ويأتى فى كلام الشارح محترزهما (قوله فى العقود) أطلقها فشمل عقود التبرعات ، قالوا : وفى الهبة والصدقة روايتان وكذا فى البيع بأقل من قيمته فى رواية لا ينفذ باطنا ، لأن القاضى لا يملك إنشاء التبرعات فى ملك الغير ، والبيع بأقل تبرع من وجه بحر (قوله كبيع ونكاح) فلو قضى ببيع أمة بشهادة زور حل للمنكر وطؤها وكذا لو ادعى على امرأة نكاحها وهى جاحدة أو بالعكس ، وقضى بالنكاح كذلك حل للمدعى الوطء ، ولها التمكين عنده بحر (قوله والفسوخ) أراد بها ما يرفع حكم العقد فيشمل الطلاق ومن فروعها : ادعت أنه طلقها ثلاثا وهو ينكر وأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر بعد العدة حل

لقول علي رضي الله تعالى عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك وقالا وزفر والثلاثة ظاهرا فقط وعليه الفتوى شرنبلالية عن البرهان (بخلاف الأملاك المرسلة) أي المطلقة عن ذكر سبب الملك فظاهرا فقط إجماعا لتزاحم الأسباب حتى لو ذكرا سببا معينا فعلى الخلاف إن كان سببا يمكن إنشاؤه وإلا لا ينفذ اتفاقا كالإرث وكما لو كانت المرأة محرمة بنحو عدة أو ردة وكما لو علم القاضي بكذب الشهود حيث لا ينفذ أصلا

له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ، وحل لأحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها ولا يحل للأول وطؤها ولا يحل لها تمكينه بحر (قوله لقول علي الخ) قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل : بلغنا عن علي كرم الله وجهه أن رجلا أقام عنده بينة على امرأة أنه تزوجها فأنكرت فقضى له بالمرأة فقالت إنه لم يتزوجني فأما إذا قضيت على فجدد نكاحي فقال : لا أجدد نكاحك الشاهدان زوجاك قال : وبهذا نأخذ فلو لم ينعقد النكاح بينهما باطنا بالقضاء لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وصيانة مائه اهـ من رسالة العلامة قاسم المؤلفة في هذه المسئلة وقوله : وبهذا نأخذ دليل لما حكاه الطحاوي من أن قول محمد كقول أبي حنيفة (قوله ظاهرا فقط) أي ينفذ ظاهرا لا باطنا لأن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء كذلك لأن القضاء ينفذ بقدر الحجة درر (قوله وعليه الفتوى) نقله أيضا في القهستاني عن الحقائق وفي البحر عن أبي الليث لكن قال : وفي الفتح من النكاح وقول أبي حنيفة هو الوجه اهـ .

قلت : وقد حقق العلامة قاسم في رسالته قول الإمام بما لا مزيد عليه ثم أورد عليه إشكالا ، وأجاب عنه وعليه المتون (قوله بخلاف الأملاك المرسلة) وهي التي لم يذكر لها سبب معين فإنهم أجمعوا أنه ينفذ فيها ظاهرا لا باطنا لأن الملك لا بد له من سبب ، وليس بعض الأسباب بأولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء ، وفي النكاح والشراء يتقدم النكاح والشراء تصحيحا للقضاء درر قال في البحر : ولو حذف الأملاك لكان أولى ليشمل ما إذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فإنه لا ينفذ وفي حكم المرسلة الإرث كما يأتي وظاهر اقتصاره عليها أنه لا ينفذ باطنا في النسب إجماعا كما في المحيط عن بعض المشايخ ، ونص الخصاف على أنه ينفذ عند أبي حنيفة ففيه روايتان عنه ، والشهادة بعتق الأمة كالشهادة بطلاق المرأة ، وينبغي أن تكون بالوقف كالعتق ولم أر نقلا في الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو أن الواقف أخرج فلانا وأدخل فلانا زورا إذا اتصل به القضاء ، وظاهر الهداية أن ما عدا الأملاك المرسلة ينفذ باطنا وإذا قلنا بأن الوقف من قبيل الإسقاط فهو كالطلاق والعتاق اهـ ملخصا (قوله فظاهرا فقط إجماعا) فلا يحل للمقضي له الوطء والأكل واللبس وحل للمقضي عليه لكن يفعل ذلك سرا وإلا فسقه الناس بحر (قوله إن كان سببا يمكن إنشاؤه) كالبيع والنكاح والإجارة (قوله كالإرث) فإنه وإن كان ملكا بسبب لكنه لا يمكن إنشاؤه فلا ينفذ القضاء بالشهود زورا فيه باطنا اتفاقا بحر. قال : وسيأتي الاختلاف في باب اختلاف الشاهدين في أنه مطلق أو بسبب والمشهور الأول واختار في الكنز الثاني (قوله وكما لو كانت المرأة محرمة الخ) هذا محترز قوله : حيث كان المحل قابلا اهـ ح فإذا ادعى أنها زوجته ، وأثبت ذلك بشهادة الزور ، وهو يعلم أنها محرمة عليه بكونها منكوحة الغير أو معتدته أو بكونها مرتدة ، فإنه لا ينفذ باطنا اتفاقا لأنه وإن كان الملك بسبب لكن لا يمكن إنشاؤه وأما ظاهرا فلا شك في نفاذه كسائر الأحكام بشهادة الزور في غير العقود والفسوخ وليس المراد بنفاذه ظاهرا حل الوطء له وحل تمكينها منه بل أمر القاضي لها به أما الحل فهو فرع نفاذه باطنا وبما قررناه ظهر أنه كالإرث فافهم (قوله وكما لو علم القاضي الخ) محترز قوله والقاضي غير عالم بزورهم ، والظاهر أنه هنا لا ينفذ ظاهرا كما

كالقضاء باليمين الكاذبة زيلعى ونكاح الفتح (قضى فى مجتهد فيه بخلاف رأيه) أى مذهبه مجمع

لا ينفذ باطنا لعدم شرط القضاء ، وهو الشهادة الصادقة فى زعم القاضى تأمل (قوله كالقضاء باليمين الكاذبة) محترز قول المتن : بشهادة قالوا لو ادعت أن زوجها أبانها بثلاث فأنكر فحلفه القاضى فحلف والمرأة تعلم أن الأمر كما قالت لا يسعها المقام معه ، ولا أن تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل إذا كان ثلاثا لبطلان المحيلة للإنشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لأنه يقبل الإنشاء وأجيب بأنه إنما يثبت إذا قضى القاضى بالنكاح وهنا لم يقض به لاعترافهما به وإنما ادعت الفرقة زيلعى . وفى الخلاصة ولا يحل وطؤها إجماعا بحر ه

قلت : والظاهر أن عدم النفاذ هنا فى الباطن فقط تأمل :

مطلب مهم المقضى له أو عليه يتبع رأى القاضى وإن خالف رأيه

[تنبيه] أشار المصنف إلى أن قضاء القاضى يحل ما كان حراما فى معتقد المقضى له ولذا قال فى الولوالجية ولو قال لها أنت طالق البتة فخاصمها إلى قاض يراها رجعية بعد الدخول ، فقضى بكونها رجعية والزوج يرى أنها بائنة أو ثلاث فإنه يتبع رأى القاضى عند محمد ، فيحل له المقام معها وقيل إنه قول أبى حنيفة ، وعلى قول أبى يوسف لا يحل وإن رفع إلى قاض آخر لا ينقضه ، وإن كان خلاف رأيه وهذا إذا قضى له فإن قضى عليه بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأى القاضى إجماعا وهذا كله إذا كان الزوج له رأى واجتهاد فلو عاميا اتبع رأى القاضى سواء قضى له أو عليه هذا إذا قضى أما إذا أفتى له فهو على الاختلاف السابق لأن قول المفتى فى حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده اه بحر :

قلت : وقوله فلو عاميا المراد به غير المجتهد بدليل المقابلة فيشمل العالم والجاهل تأمل قال فى الفتح : والوجه عندى قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضى يرجحه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا إنما يمنع من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا فلا اه :

مطلب فى قضاء القاضى بغير مذهبه

(قوله قضى فى مجتهد فيه) أى فى أمر يسوغ الاجتهاد فيه بأن لم يكن مخالفا لدليل كما مر بيانه ، وقوله : بخلاف رأيه متعلق بقضى : وحاصل هذه المسألة أنه يشترط لصحة القضاء أن يكون موافقا لرأيه أى لمذهبه مجتهدا كان أو مقلدا ، فلو قضى بخلافه لا ينفذ لكن فى البدائع أنه إذا كان مجتهدا ينبغى أن يصح ويحمل على أنه اجتهد فأداه اجتهاده إلى مذهب الغير ، ويؤيده ما قدمناه عن رسالة العلامة قاسم مستدلا بما فى السير الكبير فراجعه وبه يندفع تعجب صاحب البحر من صاحب البدائع :

واعلم أن هذه المسألة غير مسألة اشتراط كون القاضى عالما بالخلاف كما نبهنا عليه سابقا :

مطلب حكم الحنفى بمذهب أبى يوسف أو محمد حكم بمذهبه

(قوله أى مذهبه) أى أصل المذهب كالحنفى إذا حكم على مذهب الشافعى أو نحوه أو بالعكس ، وأما إذا حكم الحنفى بمذهب أبى يوسف أو محمد أو نحوهما من أصحاب الإمام فليس حكما بخلاف رأيه درر أى لأن أصحاب الإمام ما قالوا بقول إلا قد قال به الإمام كما أوضحت ذلك فى شرح منظومتى فى رسم المفتى عند قولى فيها :

وابن كمال (لاينفذ مطلقا) ناسيا أو عامدا عندهما والأئمة الثلاثة (وبه يفتى) مجمع ووقاية وملتقى وقيل بالنفاذ يفتى: وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى قضى من ليس مجتهدا كحنفية زماننا بخلاف مذهبه عامدا لاينفذ اتفاقا وكذا ناسيا عندهما ولو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيد بلا خلاف لكونه معزولا عنه انتهى: وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت:

واعلم بأن عن أبي حنيفه جاءت روايات غدت منيفه
اختار منها بعضها والباقى يختار منه سائر الرفاق
فلم يكن لغيره جواب كما عليه أقسم الأصحاب

(قوله وابن كمال) قال فى شرحه لم يقل بخلاف رأيه لإيهامه أن يكون الكلام فى المجتهد خاصة، وليس كذلك (قوله لاينفذ مطلقا الخ) قال فى الفتح: لو قضى فى المجتهد فيه ناسيا لمذهبه مخالفا لرأيه نفذ عند أبى حنيفة رواية واحدة، وإن كان عامدا ففيه روايتان، وعندهما لا ينفذ فى الوجهين أى وجهى النسيان والعمد والفتوى على قولهما. وذكر فى الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قوله، فقد اختلف فى الفتوى والوجه فى هذا الزمان أن يفتى بقولهما، لأن التارك لمذهبه عمدا لايفعله، إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وأما الناسى فلأن المقلد ماقلده إلا ليحكم بمذهبه لابمذهب غيره هذا كله فى القاضى المجتهد، فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبى حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ: قال فى الشرنبلالية عن البرهان: وهذا صريح الحق الذى يعض عليه بالنواجذ اهـ. وقال فى النهر: وادعى فى البحر أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ. وأقوى ماتمسك به مافى البزازية إذا لم يكن القاضى مجتهدا وقضى بالفتوى على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه، وله نقضه كذا عن محمد وقال الثانى ليس له لقضه اهـ: ومافى الفتح يجب أن يعول عليه فى المذهب، ومافى البزازية محمول على رواية عنهما إذ قصارى الأمر أن هذا منزل منزلة الناسى لمذهبه وقد مر عنهما فى المجتهد أنه لاينفذ فالمقلد أولى اهـ مافى النهر ويأتى قريبا مايؤيده (قوله من ليس مجتهدا) وكذا المجتهد كمامر فى كلام الفتح (قوله لا ينفذ اتفاقا) هذا مبنى على إحدى الروايتين عن الإمام فى العامد أما على رواية النفاذ فلا تصح حكاية الاتفاق (قوله لكونه معزولا عنه) أى عن غير ما قيد به قال الشرنبلالى فى شرح الوهبانية: محل الخلاف فيما إذا لم يقيد عليه السلطان القضاء بصحيح مذهبه، وإلا فلا خلاف فى عدم صحة حكمه بخلافه لكونه معزولا عنه اهـ ح؟

مطلب الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع

قلت: وتقييد السلطان له بذلك غير قيد لما قاله العلامة قاسم فى تصحيحه من أن الحكم والفتوى بماهو مرجوح خلاف الإجماع اهـ. وقال العلامة قاسم فى فتاواه: وليس للقاضى المقلد أن يحكم بالضعيف، لأنه ليس من أهل الترجيح فلايعدل عن الصحيح إلالقصد غيرجميل ولوحكم لاينفذ لأن قضاءه قضاء بغيرالحق لأن الحق هوالصحيح وما وقع من أن القول الضعيف يتقوى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كمابين فى موضعه اهـ وقال ابن الغرس وأماالمقلد المحض فلا يقضى إلا بما عليه العمل والفتوى اهـ. وقال صاحب البحر فى بعض رسائله: أما القاضى المقلد فليس له الحكم إلا بالصحيح المفتى به فى مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف اهـ: ومثله ماقدمه الشارح أول كتاب القضاء وقال وهو المختار للفتوى كما بسطه المصنف فى فتاويه وغيره وكذا مانقله بعد أسطر عن الملتقط (قوله وقد غيرت بيت الوهبانية) وهو:

ولو حكم القاضى بحكم مخالف لمذهبه ما صح أصلا يسطر

قلت : وأما الأمير فتى صادف فصلا مجتهدا فيه نفذ أمره كما قدمناه عن سير التتارخانية وغيرها فليحفظ (ولا يقضى على غائب ولا له) أى لايصح بل ولاينفذ على المفتى به بحر (إلا بحضور نائبه) أى من يقوم مقام الغائب (حقيقة كوكيله

ولو حكم القاضى بحكم مخالف ... مقلده ما صح إن كان يذكر
وبعضهم إن كان سهوا أجازه ... عن الصدر لاعن صاحبيه يصدر

وقد أفاد كلام الوهبانية الخلاف فيما إذا قضى به ساهيا : أى ناسيا مذهبه وأنه لاخلاف فيما إذا كان ذاكرا وهذا على إحدى الروايتين عن الإمام كما علمت ولما كان المعتمد المفتى به ماذكره المصنف فى المتن من عدم النفاذ أصلا أى ذاكرا أوناسيا غير الشارح عبارة النظم جازما بما هو المعتمد فافهم. لكن الأولى كما قال السائحانى تغيير الشطر الثانى هكذا • لمعتمد فى رأيه فهو مهدر •

مطلب فى أمر الأمير وقضائه

(قوله قلت وأما الأمير الخ) الذى رأيته فى سير التتارخانية قال محمد : وإذا أمر الأمير العسكر بشىء كان على العسكر أن يطيعوه إلا أن يكون المأمور به معصية اهـ فقول الشارح : نفذ أمره بمعنى وجب امتثاله تأمل . وقدمنا أن السلطان لو حكم بين اثنين فالصحيح نفاذه وفى البحر إذا كان القضاء من الأصل ومات القاضى ليس للأمير أن ينصب قاضيا وإن ولى عشرها وخراجها ، وإن حكم الأمير لم يجز حكمه الخ ؛ وفى الأشباه قضاء الأمير جائز مع وجود قاضى البلد إلا أن يكون القاضى مولى من الخليفة كذا فى الملتقط اهـ .

والحاصل : أن السلطان إذا نصب فى البلدة أميرا وفوض إليه أمر الدين والدنيا صح قضاؤه وأما إذا نصب معه قاضيا فلا ، لأنه جعل الأحكام الشرعية للقاضى لا للأمير ، وهذا هوالواقع فى زماننا ولذا قال فى البحر أول كتاب القضاء سئلت عن تولية الباشا بالقاهرة قاضيا ليحكم فى حادثة خاصة مع وجود قاضيها المولى من السلطان فأجبت بعدم الصحة لأنه لم يفوض إليه تقليد القضاء ولذا لو حكم بنفسه لم يصح اهـ (قوله كما قدمناه) أى فى أول الكتاب فى بحث رسم المفتى (قوله ولا يقضى على غائب) أى بالبينة ، سواء كان غائبا وقت الشهادة أو بعدها ، وبعد التزكية . وسواء كان غائبا عن المجلس أو عن البلد ، وأما إذا أقر عند القاضى ، فيقضى عليه وهو غائب ، لأن له أن يطعن فى البينة ، دون الإقرار ولأن القضاء بالإقرار قضاء إعانة : وإذا أنفذ القاضى إقراره سلم إلى المدعى حقه عينا كان أو دينا أو عقارا إلا أنه فى الدين يسلم إليه جنس حقه إذا وجد فى يد من يكون مقرا بأنه مال الغائب المقر ولا يبيع فى ذلك العرض والعقار لأن البيع قضاء على الغائب فلا يجوز بحر عن شرح الزيادات للعتابى . لكن فى الخامس من جامع الفصولين عن الخانية غاب المدعى عليه بعد مابرهن عليه أو غاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة لايحكم بها وقال أبو يوسف : يحكم وهذا أرفق بالناس ولو برهن على الموكل فغاب ثم حضر وكيله أو على الوكيل ثم حضر موكله يقضى بتلك البينة وكذا يقضى على الوارث ببينة قامت على مورثه (قوله أى لايصح) لما فى الفتح من أن حضرة الخصم ، ليتحقق إنكاره شرط لصحة الحكم بحر (قوله بل ولا ينفذ) هذه العبارة غير محررة لأن نفى الصحة يستلزم نفى النفاذ ؛ وأيضا فالحكم صحيح وإنما الخلاف فى نفاذه بدون تنفيذ قاض آخر كما أفاده ح . ولذا فسر فى البحر كلام الكنز بعدم الصحة ثم قال : والأولى أن يفسر بعدم النفاذ لقولهم إذا نفذه قاض آخر يراه فإنه ينفذ ثم ذكر اختلاف التصحيح وسيأتى فى كلام الشارح (قوله كوكيله)

ووصيه ومتولى الوقف) أفاد بالاستثناء أن القاضى إنما يحكم على الغائب والميت لا على الوكيل والوصى فيكتب فى السجل أنه حكم على الميت وعلى الغائب بحضرة وكيله وبحضرة وصيه جامع الفصولين ، وأفاد بالكاف عدم الحصر فإن أحد الورثة كذلك ينتصب خصما عن الباقين وكذا أحد شريكى الدين وأجنبى بيده مال اليتيم وبعض الموقوف عليهم أى لو الوقف ثابتا كما مر فى بابه (أو) نائبه (شرعا كوصى) نصبه (القاضى)

أطلقه فشمل ما إذا كان وكيلا فى الخصومة والدعوى أو وكيلا للقضاء كما إذا أقيمت البينة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب كما فى القنية بحر (قوله ووصيه) أى وصى الميت فإن الميت غائب ووصيه قائم مقامه حقيقة ، ويجوز عود الضمير إلى الصغير المعلوم من المقام فإنه فى حكم الغائب وشمل وصى الوصى ولو قال كوليه لكان أولى ليشمل الأب والجد :

مطلب فى القضاء على الغائب

(قوله إنما يحكم على الغائب والميت) ترك الوقف ويظهر لى أنه يحكم على الواقف فيما يتعلق به وعلى الوقف فيما يتعلق به سائحانى (قوله ينتصب خصما عن الباقين) أى فيما للميت ، وعليه لكن إذا كان فى عين فلا بد من كونها فى يده فلو ادعى عينا من التركة على وارث ليست فى يده لم تسمع ، وفى دعوى الدين ينتصب أحدهم خصما ، وإن لم يكن فى يده شىء بحر . وفيه من متفرقات القضاء أنه ينتصب أحدهم عن الباقى بشروط ثلاثة : كون العين كلها فى يده ، وأن لا تكون مقسومة ، وأن يصدق الغائب أنها إرث عن الميت اهـ وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى كتاب الوقف ، وأفاد الخير الرملى فى حاشيته على جامع الفصولين أن اشتراطهم كون العين فى يد المدعى عليه يشمل ما لو كان المدعى بعض الورثة على بعض فتسمع الدعوى بشراء الدار من المورث وهى واقعة الفتوى اهـ ، (قوله وكذا أحد شريكى الدين) أى هو خصم عن الآخر فى الإرث وفاقا ، وكذا فى غيره عندهما لا عند أبى حنيفة ، وقوله قياس ، وقولهما استحسان . ثم على قولهما الغائب لو صدق الحاضر إن شاء شاركه فيما قبض أو اتبع المطلوب بنصيبه جامع الفصولين ، ومقتضاه أن الدين للمدعى وشريكه وأما الدعوى بدين لواحد على اثنين ، فذكر قبله ما حاصله : أنه يقضى به عليهما عنده فى رواية وفى رواية وهى قول أبى يوسف : يقضى بنصفه على الحاضر ، ثم قال : يحتمل أن يكون اختلاف الروايات فيه بناء على اختلاف الروايات فى جواز الحكم على الغائب (قوله وأجنبى) أى من ليس وارثا ولا وصيا وقوله بيده مال اليتيم . الذى فى البحر : مال الميت وصورتها ما فى جامع الفصولين وهب فى مرض موته جميع ماله أو أوصى به ، فمات ثم ادعى رجل دينا على الميت قيل تسمع بينته على من بيده المال ، وقيل : يجعل القاضى خصما عنه أى عن الميت ويسمع عليه بينته فظهر أن فيه اختلاف المشايخ .

مطلب فيمن ينتصب خصما عن غيره

(قوله وبعض الموقوف عليهم) لما فى القنية وقف بين أخوين مات أحدهما وبقى الوقف فى يد الحى ، وأولاد الميت فأقام الحى بينة على واحد من أولاد الأخ أن الوقف بطن بعد بطن والباقى غيب والواقف واحد تقبل وينتصب خصما عن الباقى ثم قال وقف بين جماعة تصح الدعوى من واحد منهم أو وكيله على واحد منهم ، أو وكيله إذا كان الوقف واحدا وتمامه فى البحر (قوله أى لو الوقف ثابتا) أما إذا لم يكن ثابتا وأراد إثبات أنه وقف فلا ، وقدمنا فى الوقف تقرير هذه المسألة بأتم وجه وذكرنا هناك مسائل أخر ينتصب فيها البعض خصما

خرج المسخر كما سيجىء (أو حكما بأن يكون مايدعى على الغائب سببا) لا محالة ، فلو شرى أمة ثم ادعى أن مولاها زوجها من فلان الغائب وأراد ردها بعيب الزواج لم يقبل لاحتمال أنه طلقها وزال العيب ابن كمال (مايدعى على الحاضر) مثاله (كما إذا) ادعى دارا فى يد رجل و (برهن) المدعى (على ذى اليد أنه اشترى) الدار (من فلان الغائب فحكم الحاكم (على) ذى اليد (الحاضر كان) ذلك (حكما على الغائب) أيضا حتى لو حضر وأنكر لم يعتبر لأن الشراء من المالك سبب الملكية لا محالة وله صور كثيرة ذكر منها فى المجتبى تسعا وعشرين (ولو كان مايدعى على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر كما إذا ادعى عبد على مولاه أنه علق عتقه بتطليق زوجة زيد وبرهن على التطليق بغيبة زيد

عن غيره (قوله خرج المسخر) هو من ينصبه القاضى لسماع الدعوى على الغائب (قوله كما سيجىء) أى قريبا أى مماثلا لما يأتى من تقييده بغير الضرورة (قوله أو حكما) أى بأن يكون قيامه عنه حكما لأمر لازم فتح (قوله سببا لا محالة) أى لا تحول له عن السببية فاحترز بكونه سببا عما يكون شرطا ، وسيذكره المصنف وبقوله لا محالة عما يكون سببا فى حال دون حال وعما لا يكون سببا إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى ، فما يكون سببا فى حال دون حال يقبل فى حق الحاضر دون الغائب ، وبيانه فى مسألتين الوكيل بنقل العبد إلى مولاه أو بنقل المرأة إلى زوجها فإذا برهن العبد أنه حرره أو المرأة أنه طلقها ثلاثا يقبل فى حق قصر يد الحاضر لا فى ثبوت العتق أو الطلاق ، فإن المدعى هنا على الغائب ، وهو العتق أو الطلاق ليس سببا لا محالة لما يدعى على الحاضر ، وهو قصر يده بانعزاله عن الوكالة ، لأنه قد يتحقق العتق والطلاق بدون انعزال وكيل بأن لا يكون هناك وكالة أصلا وقد يتحقق موجبا للانعزال ، بأن كان بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما أصليا للطلاق والعتاق ، فمن حيث أنه ليس سببا لحق الحاضر فى الجملة لا يكون الحاضر خصما عن الغائب ومن حيث أنه قد يكون سببا قبلنا البينة فى حق الحاضر بقصر يده وانعزاله ، وأما ما لا يكون سببا إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى ، فلا يقبل مطلقا وبيانه فى مسائل منها مالو برهن المشترى فاسدا على البيع من غائب حين أراد البائع فسخ البيع للفساد لا يقبل فى حق الحاضر فى الفسخ ولا فى حق الغائب فى البيع ، لأن نفس البيع ليس سببا لبطلان حق الفسخ لجواز أنه باع من الغائب ، ثم فسخ البيع بينهما وإن شهدوا ببقاء البيع وقت الدعوى لا يقبل لأنه إذا لم يكن خصما فى إثبات نفس البيع لم يكن خصما فى إثبات البقاء ، لأن البقاء تبع للابتداء وتمامه فى الفتح وغيره (قوله فلو شرى أمة) تفريع على قوله لا محالة فكان الأولى ذكره عند قول المصنف : ولو كان مايدعى على الغائب شرطا بأن يقول بخلاف مالو شرى أمة الخ وبخلاف ما لو كان مايدعى على الغائب شرطا الخ ليكون ذكر محترز القيود فى محل واحد (قوله لم يقبل) أى برهانه لا فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب لأن المدعى شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والثانى ليس سببا للأول إلا باعتبار البقاء ، لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها وإن برهن على البقاء أى إنها امرأته للحال لا يقبل أيضا لأن البقاء تبع الابتداء فتح (قوله مثاله) لاحاجة إليه لإغناء الكاف عنه اهـ ح (قوله من فلان الغائب) زاد فى الفتح وهو يملكها أى لأن مجرد الشراء لا يثبت الملك للمشترى لاحتمال كونها لغير البائع وهو فضولى (قوله لأن الشراء من المالك) هذا هو المدعى على الغائب (قوله سبب الملكية) أى والملكية هنا هى المدعى على الحاضر

مطلب المسائل التى يكون القضاء فيها

على الحاضر قضاء على الغائب

(قوله تسعا وعشرين) قال فى المنح وفى المجتبى بعد أن علم بعلامة شط كل من ادعى عليه حق لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب .

(لا) يقبل

ونظهر ثمرته فى مسائل : منها أقام بينة أن له على فلان الغائب كذا ، وأن هذا كفيل عنه بأمره يقضى على الغائب والحاضر ، لأنها كالمعاوضة ولو لم يقل بأمره لايقضى على الغائب ، ومنها لو أقام بينة أنه كفيل بكل ماله على فلان وأن له على فلان ألفا كانت قبل الكفالة يقضى على الحاضر والغائب ، ولا يحتاج إلى دعوى الكفالة بأمره بخلاف الأولى ، لأن الكفالة المطلقة لا توجب المال على الكفيل مالم توجبه على الأصيل ، فصار كأنه علق الكفالة بوجوب المال على الأصيل فانتصب عن الغائب خصما ، ومنها : أن القاذف إذا قال : أنا عبد فلان فلا حد على فأقام المقذوف بينة أن فلانا أعتقه حد ، وكان قضاء على الغائب بالعتق ، ومنها : لو قال له ياابن الزانية فقال القاذف أمه أمة فلان فأقام المقذوف بينة أنها بنت فلان القرشية يحكم بالنسب ويحد ، ومنها : لو أقام بينة أنه ابن عم الميت فلان ، وأن الميت فلان بن فلان يجتمعان إلى أب واحد ، وأنه وارثه فحسب قضى بالميراث والنسب على الغائب ، ومنها : لو أقام بينة أن أبوى الميت كانا مملوكين أعتقهما ، ثم ولد لها هذا الولد ومات وأنه مولاه ووارثه قضى بالولاء وكان قضاء بالولاء على الأبوين وحرية المولدين بعد عتقهما ، ومنها : لو قال لدائن العبد المأذون ضمنت لدينك عليه إن أعتقه مولاه فأقام بينة عليه أن مولاه أعتقه بعد الضمان والعبد والمولى غائبان يقضى بالضمان ، وكان قضاء بالعتق للغائب ، وعلى الغائب . ومنها : لو قال المشهود عليه الشاهد عبد فأقام المدعى أو الشاهد بينة أن مولاه أعتقه قبل الشهادة . ومنها : لو ادعى شيئا فى يد رجل أنه اشتراه من فلان وأقام بينة يقضى له بالملك والشراء من فلان ، ومنها : ما لو قذف عبدا فأقام المقذوف بينة أن مولاه كان أعتقه وادعى كمال الحد ، ومنها : ما لو أقام العبد المشترى بينة أن البائع كان أعتقه أو رجل آخر أعتقه وهو يملكه ، ومنها : ما لو قال لرجل ما بايعت فلانا فعلى فأقام الرجل بينة على الضامن أنه باع فلانا عبده بألف ، ومنها : ما لو أقام بينة على رجل أنك اشتريت هذه الدار من فلان وأنا شفيعها ، ومنها : ما لو قال لرجل على ألف فاقضها فأقام المأمور بينة أنه قضاها يقضى بقبض الغائب والرجوع على الآخر ومنها ما لو قال لغيره الذى فى يدى لفلان فاشتره لى وأنقد الثمن فأقام المأمور بينة أنه فعل ذلك ، ومنها : ما لوقال لرجل اضمن لهذا مادايننى فضمن فأقام الضمين بينة أن فلانا داينك كذا وإنى قضيت عنك ، ومنها : الكفيل بأمر أقام بينة على الأصيل أنه أوفى الطالب . ومنها : ما لو أقام بينة على أن له على فلان ألفا وأنه أحال بما عليه ، ومنها : ما لو أقام بينة على رجل أنه كان لفلان عليك ألف أحاله به على وأديتها إليه ، ومنها : ما لو طالب البائع المشترى بالثمن فأقام هو بينة أنه أحاله بالثمن على فلان ، ومنها : مالو قال لرجل إن جنى عليك فلان فأنا كفيل بنفسه فأقام بينة أنه جنى عليه فلان ، ومنها : ما لو أقام بينة على رجل فى يده دار أنها له فأقام ذو اليد بينة أن فلانا وهبها له وسلم أو أودع أو باع ، ومنها : ما لو أقام ذو اليد بينة أن المدعى باعها من فلان وقبضها تبطل بينة المدعى ويلزم الشراء الغائب ، ومنها : ما لو قال ذو اليد أودعنيه فلان فطلب المدعى تحليفه به فنكل فقضى عليه نفذ على فلان ، ومنها : ما لو قال وصل إلى من زيد وكيل فلان بأمره أو من غاصب منه وحلف المدعى ما يعلم دفع زيد فقضى عليه نفذ على فلان ، ومنها : ما لو أقام بينة على عبد أن مولاه أعتقه وأنه قطع يده بعد ذلك أو استدان منه أو اشترى منه أو باع منه ، ومنها : ما قيل إنه لو قال لأمرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فأقامت بينة على الحاضر إن فلانا طلق امرأته ، ومنها : ما لو أقام الحاضر على القاتل بينة أن الولى الغائب قد عفا فتقبل البينة فى جميع هذه الصور ويتضمن القضاء على الحاضر القضاء على الغائب فيها اهـ ح (قوله لا يقبل) لأن الشرط ليس بأصل بالنسبة إلى المشروط بخلاف السبب ، فإن قضى فقد قضى على الغائب ابتداء قهستاني ط .

فى الأصح (إذا كان فيه إبطال حق الغائب) فلو لم يكن كما إذا علق طلاق امرأته بدخول زيد الدار يقبل لعدم ضرر الغائب. ومن حيل إثبات العتق على الغائب أن يدعى المشهود عليه أن الشاهد عبد فلان فبرهن المدعى أن مالكه الغائب أعتقه تقبل ومن حيل الطلاق حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقها ودعوى كفالته بنفقة العدة معلقة بالطلاق ، ومن أراد أن لا يزنى فحيلته مافى دعوى البزازية :

ادعى عليها أن زوجها الغائب طلقها وانقضت عدتها وتزوجها فأقرت بزوجية الغائب وأنكرت طلاقه

قلت : والمتبادر من إطلاقهم أنه لا يقبل فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب ، ويؤيده ما فى البحر عن جامع الفصولين عاق طلاقها بتزوج عليها فبرهنت أنه تزوج عليها فلانة الغائبة عن المجلس هل تسمع حال الغيبة فيه روايتان والأصح أنها لا تقبل فى حق الحاضرة والغائبة فلا طلاق ولا نكاح اه لكن نقل عنه عقبه فرعا آخر وهو ادعت عليه أنه كفل بمهرها عن زوجها لو طلقها ثلاثا وأنه طلقها ثلاثا ، فأقر المدعى عليه بالكفالة ، وأنكر العلم بوقوع الثلاث فبرهنت به يحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب اه والظاهر أنه خلاف الأصح بقرينة قوله والأصح أنها لاتقبل الخ (قوله فى الأصح) مقابله ما حكاه فى الفتح عن بعض المتأخرين كفخر الإسلام والأوزجندى أنهم أفتوا فيه بانتصاب الحاضر خصما أى فالشرط عندهم كالسبب ، ويقابله أيضا ماذكرناه آنفا من قبولها فى حق الحاضر لا الغائب (قوله يقبل لعدم ضرر الغائب) وذكر فى الفتح أنه ليس فى هذا قضاء على الغائب بشىء إذ ليس فيه إبطال حق له اه : أى لأن دخول الغائب الدار لا يترتب عليه حكم لكن قال ط : لو كان الغائب علق طلاق امرأته بدخوله الدار ، فالظاهر أنه فى حكم الأول للزوم الضرر اه (قوله ومن حيل إثبات العتق الخ) هى من جملة الصور التسع والعشرين المارة (قوله ومن حيل الطلاق الخ) الأولى إسقاطه لقول البحر وأما حيل إثبات طلاق الغائب فكلها على الضعيف من أن الشرط كالسبب ، قال فى جامع الفصولين ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ اه .

قلت : يعنى إذا كان الحاكم مجتهدا ، أما المقلد فلا يصح حكمه بالضعيف كما ذكرناه سابقا نعم نقل فى البحر بعد هذا عن الخلاصة الطريق فى إثبات الرمضانية أن يعلق وكالة بدخوله فيتنازعان فى دخوله فيشهد الشهود فيقضى بالوكالة وبدخوله اه قال فى البحر وعليه فإثبات طلاق معلق بدخول شهر حيلة فيه ، ولو كان الزوج غائبا لأن هذا ليس من قبيل الشرط ، لأنه لابد أن يكون فعل الغائب ، وكذا إثبات ملك أو وقف أو نكاح ، فيعلق وكالة بملك فلان ذلك الشىء أو بوقفية كذا أو بكون فلانة زوجة فلان ، ويدعى الوكيل فيقول الخصم وكالتك معلقة بما لم يوجد ، فيقول الوكيل بل هى منجزة لتعلقها بكائن ، وبرهن على الملك ونحوه ولا يعلق بفعل الغائب كأن نكح إن وقف إن طلق إن ملك هذا ما ظهر لى اه ملخصا :

قلت : وفيه نظر لأن المانع إثبات الضرر بالغائب قال فى الفتح : الأصل أن ماكان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق للغائب قبلت البينة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن إبطالا عليه لا تقبل اه فعلم أن المناط إبطال حق الغائب سواء كان الشرط فعله أولا فلا فرق بين كون الشرط إن نكح أو إن كانت منكوحته فتفريع هذه المسائل على ما فى الخلاصة غير ظاهر إذ مافيها ليس فيه حكم على غائب أصلا بخلاف هذه المسائل ، فإن فيها الحكم على الغائب ابتداء بما يتضرر به ولو ملكا فإنه قد يلزمه منه ضرر واضع اليد المدعى أنه ملكه وغير ذلك فتدبر (قوله ومن أراد أن لا يزنى الخ) إن كانت هذه الحيلة صدقا فلا وجه لتسميتها حيلة ، ولا نقوله ومن أراد أن لا يزنى وصنيعه يوهم أن ذلك سائغ كذبا وليس كذلك ، بل مثله من أكبر الكبائر ط فالصواب إسقاط هذه

فبرهن عليها بالطلاق يقضى عليها أنها زوجة الحاضر ولا يحتاج إلى إعادة البينة إذا حضر الغائب (ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ) فى أظهر الروايتين عن أصحابنا ذكره منلا خسرو فى باب خيار العيب

العبارة والاقتصار على عبارة البزازية كما فعل فى البحر على أن فى صحة هذا الفرع كلاما نذكره عقبه (قوله فبرهن عليها بالطلاق) أى وبأنه تزوجها بعد العدة كما هو ظاهر (قوله يقضى عليها أنها زوجة الحاضر) أى ويقضى على الغائب بالطلاق كما يدل عليه ما بعده :

قلت : لكن تقدم أن القضاء على الغائب إنما يصح إذا كان سببا لما يقضى على الحاضر لامحالة ، ولا شك أن طلاق الغائب ليس كذلك لأن التزوج قد يكون بدون طلاق كما لو لم تكن زوجة أحد وانظر ما قدمناه عند قوله سببا لا محالة يظهر لك حقيقة الأمر (قوله ولا يحتاج الخ) قال الخير الرملى وفى جامع الفصولين خلافه (قوله ولو قضى على غائب الخ) أى قضى من يرى جوازه كشافعى لإجماع الحنفية على أنه لايقضى على غائب كما ذكره الصدر الشهيد فى شرح أدب القضاء كذا حققه فى البحر :

والحاصل : أنه لا خلاف عندنا فى عدم جواز القضـــاء على الغائب ، وإنما الخلاف فى أنه لو قضى به من يرى جوازه هل ينفذ بدون تنفيذ أو لابد من إمضاء قاض آخر، ورأيت نحو هذا منقولا عن إجابة السائل عن بعض رسائل العلامة قاسم وبه ظهر أن قول المصنف فيما مر ، ولا يقضى على غائب بيان لحكم المذهب عندنا وقوله هنا ولو قضى الخ حكاية للخلاف فى النفاذ وعدمه .

قلت : بقى ما لو قضى الحنفى بذلك ولا يخفى أنه يأتى فيه الكلام المار فيما لو قضى فى مجتهد فيه ، بخلاف رأيه وما فيه من التفصيل واختلاف التصحيح فعلى قول من رجح الجواز لايبقى فرق بين الحنفى وغيره ، وعلى هذا يحمل ما صرح به فى القنية من أنه لا يشترط فى نفاذ القضاء على الغائب أن يكون من شافعى ، وبه اندفع ما أورده الرملى والمقدسى على صاحب البحر حيث خصه بمن يرى جوازه كما ذكرنا. واندفع أيضا ما يتوهم من المنافاة بين ما ذكره الصدر الشهيد وما فى القنية هذا ما ظهر لى فتدبره لكن استظهر فى البحر بعد ذلك تخصيص الخلاف فى النفاذ وعدمه بالحكم للمفقود لا مطلق الغائب واستدل بعبارة فى الخانية ، ونازعه الرملى بأنها لا تدل على مدعاه بل الظاهر من كلامهم التعميم ١ ه وقال فى جامع الفصولين : قد اضطربت آراؤهم وبيانهم فى مسائل الحكم للغائب ، وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوى ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب ، ولا إشكال فالظاهر عندى أن يتأمل فى الوقائع ، ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازا أو فسادا. مثلا لو طلق امرأته عند العدل فغاب عن البلد، ولا يعرف مكانه أو يعرف ،ولكن يعجز عن إحضاره أو عن أن تسافر إليه هى أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر وكذا المديون لو غاب وله نقد فى البلد أو نحو ذلك ، ففى مثل هذا لو برهن على الغائب ، وغلب على ظن القاضى أنه حق لاتزوير ، ولا حيلة فيه فينبغى أن يحكم عليه وله وكذا للمفتى أن يفتى بجوازه دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه ذهب إليه الأئمة الثلاثة وفيه روايتان عن أصحابنا ، وينبغى أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعى جانب الغائب ولا يفرط فى حقه اه وأقره فى نور العين :

قلت : ويؤيده ما يأتى قريبا فى المسخر وكذا ما فى الفتح من باب المفقود لايجوز القضاء على الغائب إلا إذا رأى القاضى مصلحة فى الحكم له وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه اه .

قلت : وظاهره ولو كان القاضى حنفيا ولو فى زماننا ولا ينافى ما مر لأن تجويز هذا للمصلحة والضرورة

(وقيل لا) ينفذ ورجحه غير واحد وفى المنية والبزازية ومجمع الفتاوى وعليه الفتوى ورجح فى الفتح توقفه على إمضاء قاض آخر وفى البحر والمعتمد أن القضاء على المسخر لايجوز إلا لضرورة وهى فى خمس مسائل .

اشترى بالخيار فتوارى اختفى المكفول له .

حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن ؛

جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيب ؛

الخامسة إذا توارى الخصم فالمتأخرون أن القاضى ينصب وكيلا فى الكل وهو قول الثانى خانية .

قلت : ونقل شراح الوهبانية عن شرح أدب القاضى

(قوله وقيل لا ينفذ) أى بل يتوقف على إمضاء قاض آخر كما فى البحر (قوله ورجح فى الفتح الخ) ليس قولا ثالثا ، بل هو القول الثانى كما علمت وهذا مبنى على أن نفس القضاء مجتهد فيه كقضاء محدود فى قذف بعد توبته والأول مبنى على أن المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن هذه البينة هل تكون حجة للقضاء بلا خصم حاضر أم لا فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف بعد توبته .

مطلب فى القضاء على المسخر

(قوله والمعتمد الخ) مقابله قول جواهر زاده بجوازه ، لأنه أفتى بجواز القضاء على الغائب ، وهو عين القضاء على الغائب بحر وفيه أيضا وتفسير المسخر أن ينصب القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه وشرطه عند القائل به أن يكون الغائب فى ولاية القاضى (قوله وهى فى خمس) لم يذكر الرابعة فى البحر بل زادها الشارح (قوله اشترى بالخيار) أى وأراد الرد فى المدة فاختفى البائع فطلب المشترى من القاضى أن ينصب خصما عن البائع ليرده عليه وهذا أحد قولين عزاهما فى جامع الفصولين إلى الخانية لكنه قدم هذا وعادة قاضيخان تقديم الأشهر (قوله اختفى المكفول له) صورته : كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غدا فدينه على الكفيل ، فغاب الطالب فى الغد فلم يجده الكفيل ، فرفع الأمر إلى القاضى ، فنصب وكيلا عن الطالب وسلم إليه المكفول عنه يبرأ وهو خلاف ظاهر الرواية إنما هو فى بعض الروايات عن أبى يوسف قال أبو الليث : لو فعل به قاض علم أن الخصم تغيب لذلك فهو حسن جامع الفصولين ؛

قلت : ماقاله أبو الليث توفيق بين الروايتين لكن ما نذكره من التصحيح فى المسألة التالية لهذه ينبغى إجراؤه فى رواية أبى يوسف إذ لافرق يظهر بين المسألتين تأمل (قوله حلف ليوفينه اليوم الخ) بأن علق المديون العتق أو الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم غاب الطالب وخاف الحالف الحنث فإن القاضى ينصب وكيلا عن الغائب ويدفع الدين إليه ولا يحنث الحالف وعليه الفتوى بحر عن الخانية . وفى حاشية مسكين عن الشيخ شرف الدين الغزى أنه لا حاجة إلى نصب الوكيل لقبض الدين فإنه إذا دفع إلى القاضى برّ فى يمينه على المختار المفتى به كما فى كثير من كتب المذهب المعتمدة ولو لم يكن ثمة قاض حنث على المفتى به اه (قوله فتغيبت) أى لإيقاع الطلاق عليه فإنه ينصب من يقبض لها ط (قوله خانية) لم أر هذه العبارة فى الخانية فى هذا المحل ؛

مطلب فى الخصم إذا اختفى فى بيته

(قوله الخامسة الخ) ذكر فى شرح أدب القاضى لو قال رجل للقاضى لى على فلان حق وقد توارى عنى فى منزله فالقاضى يكتب إلى الوالى فى إحضاره فإن لم يظفر به وسأل الطالب الختم على بابه فإن أتى بشاهدين أنه فى منزله وقالا رأيناه منذ ثلاثة أيام أو أقل ختم عليه لا إن زاد على ثلاث والصحيح أنه مفوض إلى رأى الحاكم فإذا

أنه قول الكل وأن القاضى يختم بيته مدة يراها ثم ينصب الوكيل (وولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضى لا للورثة) لعدم ملكهم

ختم وطلب المدعى أن ينصب له وكيلا بعث القاضى إلى داره رسولا مع شاهدين ينادى بحضرتهما ثلاثة أيام فى كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان إن القاضى يقول لك حضر مع خصمك فلان مجلس الحكم وإلا نصبت لك وكيلا وقبلت بينته عليك ، فإن لم يخرج نصب له وكيلا وسمع شهود المدعى وحكم عليه بمحضر وكيله اه ملخصا (قوله أنه قول الكل) أى النصب عن الخصم المتوارى ، وهو الذى تعطيه عبارة الكمال (قوله وأن القاضى الخ) الذى فى شرح الأدب هو ما ذكرناه من تفويض المدة إلى القاضى فى رؤية الشاهدين للمختفى لا فى مدة الختم والذى فى شرح الوهبانية مثل ما ذكرناه أيضا .

مطلب فى بيع التركة المستغرقة بالدين

(قوله وولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضى لا للورثة) هذا مقيد بما إذا لم تتفق الورثة على أداء الدين كله من مالهم لما فى الثامن والعشرين من جامع الفصولين لو أرادت الورثة أداء دينه لتبقى تركته لهم فاتفقوا عليه وتحملوا قضاء دينه وإنفاذ وصاياه من مالهم ، فلهم ذلك ولو اختلفوا فللوصى بيعها لدينه ووصاياه ، ولا يلتفت إلى قولهم ثم قال وجاز لأحد الورثة استخلاص العين من التركة بأداء قيمته إلى الغرماء لا إلى الوارث الآخر اه وقوله : بأداء قيمته الخ قال الرملى فى حاشيته : عليه هذا إذا لم يكن الدين زائدا لأنه ذكر قبله أن الدين لو كان زائدا على التركة فلهم استخلاصها بأداء دينه كله لا بقدر تركته كقن جنى يفديه مولاه بأرشه (قوله لا للورثة) أى إلا برضا الغرماء ، حتى لو باع الوارث أى بدون رضا الغرماء لا ينفذ ، وكذلك المولى إذا حجر على العبد المأذون وعليه دين محيط ليس للمولى أن يبيع العبد وما فى يده وإنما يبيعه القاضى كذا هذا منح عن العمادية ثم ذكر عن القنية قولين ثانيهما : أن القاضى إنما يبيع التركة المستغرقة لقضاء الدين إذا امتنع الورثة عن بيعها ، ولم يحك ترجيحا لكن اقتصاره فى المتن على القول الأول تبعا للدرر ، يفيد ترجيحه وحكى القولين فى التتارخانية ، والبزازية أيضا .

ورأيت بخط شيخ مشايخنا منلا على التركمانى مانصه أقول فلذا القضاة الآن يأذنون لبعض ورثة الميت المستغرقة تركته بالدين ببيعها لوفاء دينه توفيقا بين القولين وعملا بهما .

[تنبيه] لم يذكر بيع الوصى ، وفى جامع الفصولين يصح بيع الوصى تركة مستغرقة لو بقيمتها وليس للغرماء إبطاله (قوله لعدم ملكهم)قال فى جامع الفصولين : ولو استغرقها دين لايملكها بارث إلا إذا أبرأ الميت غريمه أو أداه وارثه بشرط التبرع وقت الأداء أما لو أداه من مال نفسه مطلقا بلا شرط تبرع أو رجوع يجب له دين على الميت فتصير التركة مشغولة بدينه فلايملكها حتى لو ترك ابنا وقنا ودينه مستغرق فأداه وارثه ثم أذن للقن فى التجارة أو كاتبه لم يصح إذا لم يملكه اه وتمام الكلام على ذلك فى المنح .

مطلب دفع الورثة كرما من التركة إلى أحدهم
ليقضى دين مورثهم فقضاه يصح

[تنبيه] قيد بالتركة المستغرقة لأن غيرها ملك للورثة وفى جامع الفصولين : عليه دين غير مستغرق فللحاضر من ورثته بيع حصته لحصته من الدين لا بيع حصة غيره للدين لأنها ملك الوارث الآخر إذ الدين لم يستغرق فلو دفعت الورثة إلى أحدهم كرما من التركة ليقضى دين مورثهم وهو غير مستغرق فقضاه صح لأنه بيع منهم لحصتهم

حيث كان الدين لغيرهم (يقرض القاضي مال الوقف والغائب) واللقطة (واليتيم) من ملىء مؤتمن حيث لا وصى ولا من يقبله مضاربة

منه بقدر الدين لأنهم لو دفعوه إلى أجنبي لأداء الدين يكون بيعا كذا هذا (قوله حيث كان الدين لغيرهم) قال فى جامع الفصولين : استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع إرثه إذا كان هو وارثه لا غير اه ومفاده أنه لو كان الدين لبعض الورثة فهو كدين الأجنبي بالنسبة إلى باقى الورثة :

[تنبيه] ذكر الخير الرملى فى حاشية الفصولين أن قوله هنا لا يمنع إرثه لا ينافى ما مر آنفا من أن الوارث لو أدى دين الغريم بلا شرط تبرع لا يملكها لأنه يثبت له الرجوع بأداء الدين بعد أن لم يكن له ملك فلا يملك القرض إلا بتمليك القاضى بخلاف الاستغراق بدينه ابتداء إذ لا مانع يمنعه من الملك اه.

مطلب للقاضى إقراض مال اليتيم ونحوه

(قوله يقرض القاضى الخ) أى يستحب له ذلك لأنه لكثرة أشغاله لا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه والدفع بالقرض أنظر لليتيم لكونه مضمونا والوديعة أمانة وينبغى له أن يتفقد أحوال المستقرضين حتى لو اختل أحدهم أخذ منه المال وتمامه فى البحر وليس للقاضى أن يستقرض ذلك لنفسه ط عن الهندية (قوله مال الوقف) ذكره فى البحر عن جامع الفصولين لكن فيه أيضا عن العدة يسع للمتولى إقراض ما فضل من غلة الوقف لو أحرز اه ومقتضاه أنه لا يختص بالقاضى مع أنه صرح فى البحر عن الخزانة أن المتولى يضمن إلا أن يقال : إنه حيث لم يكن الإقراض أحرز (قوله والغائب) زاد فى البحر وله بيع منقوله إذا خاف التلف إذا لم يعلم بمكان الغائب أما إذا علم فلا لأنه يمكنه بعثه إليه إذا خاف التلف اه وانظر هل يقيد إقراضه ماله بما إذا لم يعلم مكانه (قوله واللقطة) الظاهر قراءته بالنصب عطفا على مال ، ويجوز جره عطفا على المضاف إليه ، وهو أولى لئلا يقع منصوبا بين مجرورين لكن الإضافة فيه بيانية وفيما قبله وما بعده لامية تأمل ثم الظاهر أن المراد بإقراض القاضى اللقطة هنا ما إذا دفعها الملتقط إليه ، وإلا فالتصرف فيها من تصدق أو إمساك للملتقط تأمل (قوله من ملىء) بالهمز فى المصباح رجل ملىء على فعيل غنى مقتدر ، ويجوز الإبدال والإدغام اه : أى إبدال الهمزة ياء وإدغامها فى الياء (قوله حيث لا وصى) هذا الشرط زاده فى البحر بحثا بقوله : وينبغى أن يشترط لجواز إقراض القاضى عدم وصى لليتيم ، فإن كان له وصى ولو منصوب القاضى لم يجز لأنه من التصرف فى ماله وهو ممنوع منه مع وجود وصيه كما فى بيوع القنية اه ورده محشيه الرملى : بأن إطلاق المتون على خلافه ، وبأنه إذا لم يجز منه والوصى ممنوع من الإقراض امتنع النظر لليتيم ولا قائل به تأمل اه لكنه أفتى فى وصايا الخيرية بأن للوصى إقراض مال اليتيم بأمر القاضى أخذا مما فى وقف البحر عن القنية ، من أن للمتولى إقراض مال المسجد بأمر القاضى قال : والوصى مثل القيم لقولهم الوصية والوقف أخوان فلم يمتنع النظر لليتيم بهذه الجهة نعم يرد على النحر أن الوصى إذا كان لا يملك الإقراض بدون إذن القاضى علم أن ذلك لم يدخل تحت وصايته ، بل بقى للقاضى فلم يكن ممنوعا منه مع وجود الوصى كما لو نصب وصيا على يتيمة ليس لها ولى فللقاضى أن يزوجها بنفسه ، أو يأذن للوصى بتزويجها وليس للوصى ذلك بدون إذن إذ لا يدخل تحت وصايته بخلاف بيع مال اليتيم ونحوه ، فليس للقاضى فعله مع وجود الوصى فلذا لم يذكر هذا القيد فى المتون فافهم (قوله ولا من يقبله مضاربة الخ) فى البحر عن جامع الفصولين إنما يملك القاضى إقراضه إذا لم يجد ما يشتريه له يكون غلة لليتيم لا لو وجده ، أو وجد من يضارب لأنه أنفع اه أى أنفع من الإقراض وما قيل إن مال المضاربة أمانة غير مضمون ، فيكون الإقراض أولى فهو مدفوع بأن المضاربة فيها ربح بخلاف القرض

ولا مستغلا يشتريه، وله أخذ المال من أب مبذر ووضعه عند عدل ثقة (ويكتب الصك)ندبا ليحفظه (لا) يقرض (الأب) ولو قاضيا لأنه لايقضي لولده (و) لا (الوصي) ولا الملتقط فإن أقرضوا ضمنوا لعجزهم عن التحصيل بخلاف القاضي ويستثنى إقراضهم للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقا بحر ومتى جاز للملتقط التصدق فالإقراض أولى (ولو قضى بالجور فالغرم عليه في ماله إن متعمدا وأقر به) أى بالعمد (ولو خطأ ف) الغرم (على المقضى له) درر وفى المنح معزيا للسراج قال محمد : لو قال تعمدت الجور

(قوله ولو مستغلا يشتريه) أى ما يكون فيه لليتيم غلة كما علمت وهو منصوب بالعطف على محل اسم لا الأولى وإلا كان حقه الرفع أو البناء على الفتح كما لا يخفى (قوله ليحفظه) أى بالاستذكار للمال وأسماء الشهود ونحو ذلك (قوله لا يقرض الأب) أى فى أصح الروايتين فتح قال فى البحر: وفى خزانة الفتاوى الصحيح أن الأب كالقاضى فقد اختلف التصحيح والمعتمد مافى المتون وشمل ما إذا أخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه،وهو مروى عن الإمام وقيل له ذلك ولم أر حكم الجد فى جواز إقراضه على رواية جوازه للأب والظاهر أنه كالأب لقولهم الجد أبو الأب كالأب إلا فى مسائل واختلفوا فى إعارة الأب مال ولده الصغير وفى الصحيح لا اه (قوله لأنه لايقضى لولده) لأنه ربما ينكر المستقرض فيحتاج للبينة والقضاء بها ط (قوله ولا الوصى) فلو فعل لا يعد خيانة فلا يعزل به، وكذا ليس له أن يستقرض لنفسه على الأصح ، فلو فعل ثم أنفق على اليتيم مدة يكون متبرعا إذا صار ضامنا ، فلا يتخلص ما لم يرفع الأمر إلى الحاكم ويملك الإيداع ، والبيع نسيئة وتمامه فى البحر وفيه عن الخزانة : إذا آجر الوصى أو الأب أو الجد أو القاضى الصغير فى عمل من الأعمال فالصحيح جوازها وإن كانت بأقل من أجرة المثل اه: أى لأن للوصى والأب والجد استعماله بلا عوض بطريق التهذيب والرياضة فبالعوض أولى كما فى السابع والعشرين من جامع الفصولين وتمام أبحاث هذه المسائل فيه (قوله ومتى جاز الخ) تقييد لقوله ولا الملتقط بما إذا كان قبل جواز التصدق بها وهذ ذكره الزيلعى فى مسائل شتى آخر الكتاب بقوله إلا أن الملتقط إذا نشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغى أن يجوز له الإقراض من فقير لأنه لوتصدق بها عليه فى هذه الحالة جاز فالقرض أولى اه فافهم .

مطلب فيما لو قضى القاضى بالجور

(قوله ولو قضى بالجور الخ) القضاء بخلاف الحق إما عن خطأ أو عمد وكل على وجهين إما فى حقه تعالى أو حق العبد فالخطأ فى حق العبد إما أن يمكن فيه التدارك والرد أولا فإن أمكن بأن قضى بمال أو صدقة أوطلاق أو إعتاق ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون فى قذف يبطل القضاء ويرد العبد رقيقا ، والمرأة إلى زوجها والمال إلى من أخذ منه ،وإن لم يمكن الرد بأن قضى بالقصاص واقتص لايقتل المقضى له ،ويصير صورة القضاء شبهة مانعة بل تجب الدية فى مال المقضى له، وهذا كله إذا ظهر خطأ القاضى بالبينة أو بإقرار المقضى له، فلو بإقرار القاضى لا يظهر فى حق المقضى له ، حتى لا يبطل القضاء فى حقه، وأما الخطأ فى حقه تعالى بأن قضى بحد زنا أو سرقة أو شرب واستوفى الحد ثم ظهر أن الشهود كما مر فى الضمان فى بيت المال وإن كان القضاء بالجور عن عمد وأقر به فالضمان فى ماله فى الوجوه كلها بالجناية ، والإتلاف ، ويعزر القاضى ويعزل عن القضاء ط عن الهندية ملخصا .

مطلب إذا قاس القاضى وأخطأ فالخصومة للمدعى عليه مع القاضى والمدعى يوم القيامة

[تنبيه] القاضى إذا قاس مسألة على مسألة وحكم ثم ظهر رواية بخلافه فالخصومة للمدعى عليه يوم القيامة مع

انعزل عن القضاء وفيه عن أبي يوسف إذا غلب جوره ورشوته ردت قضاياه وشهادته .

[فروع] القضاء مظهر لامثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعد سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة فسمعها لم ينفذ .

قلت : فلا تسمع الآن بعدها إلا بأمر

القاضي والمدعي ، أما مع المدعي فلأنه أثم بأخذ المال وأما مع القاضي فلأنه أثم بالاجتهاد لأن أحدا ليس من أهل الاجتهاد في زماننا وبعض أذكياء خوارزم قاس المفتي على القاضي فأوردت أن القاضي صاحب مباشر للحكم فكيف يؤاخذ السبب مع المباشر فانقطع ، وكان له أن يقول إن القاضي في زماننا ملجأ إلى الحكم بعد الفتوى لأنه لو ترك يلام لأنه غير عالم حتى يقضي بعلمه بزازية قبيل الشهادات .

قلت : وفيه نظر فإن هذا لايسمى إلجاء حقيقة والالزم أن تنقطع النسبة عن المباشر إلى المتسبب كما لو أكره رجل آخر بإتلاف عضو على أخذ مال إنسان فإن الضمان على المكره بالكسر لصيرورة المكره بالفتح كالآلة ولا شك أن ما هنا ليس كذلك فلم تنقطع النسبة عن المباشر وهو القاضي ، وإن أثم المتسبب وهو المفتي ، ولايقاس هذا على مسألة تضمين الساعي إلى ظالم مع أن الساعي متسبب لا مباشر فإن تلك مسألة استحسانية خارجة عن القياس زجرا عن السعاية لكن قد يقال إن هذا حكم الضمان في الدنيا والكلام في الخصومة في الآخرة ، ولاشك في أن كلا من المباشر والمتسبب ظالم آثم وللمظلوم الخصومة معهما وإن اختلف ظلمهما فإن المباشر ظلمه أشد كمن أمسك رجلا حتى قتله آخر (قوله انعزل عن القضاء) الظاهر أن هذا وما بعده مبنيان على رواية انعزاله بالفسق وتقدم أن المذهب أنه لا ينعزل بل يستحق العزل (قوله وفيه) لم يذكر ذلك في المنح فيعود الضمير إلى السراج (قوله وشهادته) أي إذا أراد أن يشهد شهادة عند القاضي المولى لايقبلها لفسقه بغلبة الجور والرشوة فافهم (قوله القضاء مظهر لامثبت) لأن الحق المحكوم به كان ثابتا والقضاء أظهره والمراد ما كان ثابتا ولو تقديرا كالقضاء بشهادة الزور كما مر بيانه في تعريف القضاء عن ابن الغرس .

مطلب القضاء يقبل التقييد والتعليق

(قوله ويتخصص بزمان ومكان وخصومة) عزاه في الأشباه إلى الخلاصة وقال في الفتح من أول كتاب القضاء الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كقوله : إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم والإضافة : كجعلتك قاضيا في رأس الشهر ، والاستثناء منها كجعلتك قاضيا إلا في قضية فلان ولا تنظر في قضية كذا والدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث إلى موتة وأمر عليهم زيد بن حارثة «إن قتل زيد بن حارثة فجعفر أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة» وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي اه .

مطلب في عدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة

(قوله بعد خمسة عشر سنة) المناسب خمس عشرة بتذكير الأول وتأنيث الثاني لكون المعدود مؤنثا وهو سنة وأجاب ط بأنه على تأويل السنة بالعام أو الحول (قوله فلا تسمع الآن بعدها) أي لنهي السلطان عن سماعها بعدها فقد قال السيد الحموي في حاشية الأشباه : أخبرني أستاذي شيخ الإسلام يحيى أفندي الشهير بالمنقاري أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم في جميع ولاياتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد مضي خمس عشرة سنة سوى الوقف والإرث اه ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور .

إلا فى الوقف والإرث ووجود عذر شرعى وبه أفتى المفتى أبو السعود فليحفظ :

مطلب هل يبقى النهى بعد موت السلطان

لكن هل يبقى النهى بعد موت السلطان الذى نهى ، بحيث لايحتاج من بعده إلى نهى جديد؟ أفتى فى الخيرية بأنه لابد من تجديد النهى ، ولايستمر النهى بعده ، وبأنه إذا اختلف الخصمان فى أنه منهى أو غير منهى فالقول للقاضى ما لم يثبت المحكوم عليه النهى وأطال فى ذلك وأطاب فراجعه. وأما ماذكره السيد الحموى أيضا من أنه قد علم من عاتهم يعنى سلاطين آل عثمان نصرهم الرحمن من أنه إذا تولى سلطان عرض عليه قانون من قبله وأخذ أمره باتباعه فلايفيدهنا لأن معناه أن يلتزم قانون أسلافه بأن يأمر بما أمروا به وينهى عما نهوا عنه ولايلزم منه أنه إذا ولى قاضيا ولم ينهه عن سماع هذه الدعوى أن يصير قاضيه منهيا بمجرد ذلك وإنما يلزم منه أنه إذا ولاه ينهاه صريحا ليكون عاملا بما التزمه من القانون كما اشتهر أنه حين يوليه الآن يأمره فى منشوره بالحكم بأصح أقوال المذهب كعادة من قبله ، وتمام الكلام على ذلك فى كتابنا تنقيح الحامدية فراجعه وأطلنا الكلام عليه أيضا فى كتابنا تنبيه الولاة والحكام (قوله إلا في الوقف والإرث ووجود عذر شرعى) استثناء الإرث موافق لما مر عن الحموى ولما فى الحامدية عن فتاوى أحمد أفندى المهمندارى مفتى دمشق أنه كتب على ثلاثة أسئلة أنه تسمع دعوى الإرث ولا يمنعها طول المدة ويخالفه ما فى الخيرية حيث ذكر أن المستثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والغائب ومقتضاه أن الإرث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة ، وقد نقل فى الحامدية عن المهمندارى أيضا أنه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الإرث بعد بلوغها خمس عشرة سنة ، بلا عذر أن الدعوى لا تسمع إلا بأمر سلطانى ونقل أيضا مثله فتوى تركية عن المولى أبى السعود ، وتعريبها إذا تركت دعوى الإرث بلا عذر شرعى خمس عشرة سنة ، فهل لا تسمع؟ الجواب : لاتسمع اه إذا اعترف الخصم بالحق ، ونقل مثله شيخ مشايخنا التركمانى عن فتاوى على أفندى مفتى الروم ونقل مثله أيضا شيخ مشايخنا السائحانى عن فتاوى عبد الله أفندى مفتى الروم ، وهذا الذى رأينا عليه عمل من قبلنا فالظاهر أنه ورد نهى جديد بعدم سماع دعوى الإرث والله سبحانه أعلم .

[تنبيهات الأول]: قد استفيد من كلام الشارح أن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة إنما هو للنهى عنه من السلطان فيكون القاضى معزولا عن سماعها لما علمت من أن القضاء يتخصص فلذا قال إلا بأمر أى فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع ، وسبب النهى قطع الحيل والتزوير ، فلا ينافى مافى الأشباه وغيرها من أن الحق لايسقط بتقادم الزمان اه ، ولذا قال فى الأشباه أيضا : ويجب عليه سماعها اه : أى يجب على السلطان الذى نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه ، أو يأمر بسماعها ، كى لايضيع حق المدعى والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعى أمارة التزوير ، وفى بعض نسخ الأشباه : ويجب عليه عدم سماعها وعليه فالضمير يعود للقاضى المنهى عن سماعها لكن الأول هو المذكور فى معين المفتى :.

الثانى : أن النهى حيث كان للقاضى لاينافى سماعها من المحكم بل قال المصنف فى معين المفتى: إن القاضى : لايسمعها من حيث كونه قاضيا فلو حكمه الخصمان فى تلك القضية التى مضى عليها المدة المذكورة ، فله أن يسمعها :

الثالث: عدم سماع القاضى لها إنما هو عند إنكار الخصم فلو اعترف تسمع كما علم مما قدمناه من فتوى المولى أبى السعود أفندى إذ لاتزوير مع الإقرار :

. . . .

الرابع : عدم سماعها حيث تحقق تركها هذه المدة فلو ادعى فى أثنائها لايمنع بل يسمع دعواه ثانيا مالم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركمانى فى مجموعته أن شرطها أى شرط الدعوى مجلس القاضى ، فلا تصح الدعوى فى مجلس غيره كالشهادة تنوير وبحر ودرر قال : واستفيد منه جواب حادثة الفتوى وهى أن زيدا ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ، ولم يدع عند القاضى بل طالبه بحقه مرارا فى غير مجلس القاضى ، فمقتضى مامر لاتسمع لعدم شرط الدعوى ، فليكن على ذكر منك ، فإنه تكرر السؤال عنها وصريح فتوى شيخ الإسلام على أفندى : أنه إذا ادعى عند القاضى مرارا ، ولم يفصل القاضى الدعوى ومضت المدة المزبورة تسمع ، لأنه صدق عليه أنه لم يتركها عند القاضى اه مافى المجموعة ، وبه أفتى فى الحامدية ثم لايخفى أن ترك الدعوى إنما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها ، فلو مات زوج المرأة أو طلقها بعد عشرين سنة مثلا من وقت النكاح ، فلها طلب مؤخر المهر ، لأن حق طلبه إنما ثبت لها بعد الموت أو الطلاق لامن وقت النكاح ، ومثله مايأتى فيما لو أخر الدعوى هذه المدة لإعسار المديون ، ثم ثبت يساره بعدها ، وبه يعلم جواب حادثة الفتوى سئلت عنها حين كتابتى لهذا المحل فى رجل له كدك دكان وقف مشتمل على منجور وغيره وضعه من ماله فى الدكان بإذن ناظر الوقف من نحو أربعين سنة وتصرف فيه هو وورثته من بعده فى هذه المدة ، ثم أنكره الناظر الآن وأنكر وضعه بالإذن ، وأراد الورثة إثباته وإثبات الإذن بوضعه ، والذى ظهر لى فى الجواب سماع البينة فى ذلك لأنه حيث كان فى يدهم ويد مورثهم هذه المدة بدون معارض لم يكن ذلك تركا للدعوى . ونظير ذلك مالو ادعى زيد على عمرو بدار فى يده فقال له عمرو : كنت اشتريتها منك من عشرين سنة ، وهى فى ملكى إلى الآن وكذبه زيد في الشراء فتسمع بينة عمرو على الشراء المذكور بعد هذه المدة ، لأن الدعوى توجهت عليه الآن وقبلها كان واضع اليد بلا معارض ، فلم يكن مطالبا بإثبات ملكيتها فلم يكن تاركا للدعوى ومثله فيما يظهر أن مستأجر دار الوقف يعمرها بإذن الناظر ، وينفق عليها مبلغا من الدراهم يصير دينا له على الوقف ، ويسمى فى زماننا مرصدا ولا يطالب به مادام فى الدار فإذا خرج منها فله الدعوى على الناظر بمرصده المذكور وإن طالت مدته حيث جرت العادة بأنه لايطالب به قبل خروجه ، ولا سيما إذا كان فى كل سنة يقتطع بعضه من أجرة الدار فليتأمل :

الخامس : استثناء الشارح العذر الشرعى أعم مما فى الخيرية من الاقتصار على استثناء الوقف ومال اليتيم والغائب لأن العذر يشمل مالو كان المدعى عليه حاكما ظالما كما يأتى ومالو كان ثابت الإعسار فى هذه المدة ثم أيسر بعدها فتسمع كما ذكره فى الحامدية :

السادس : استثناء مال اليتيم مقيد بما إذا لم يتركها بعد بلوغه هذه المدة وبما إذا لم يكن له ولى كما يأتى وفى الحامدية لو كان أحد الورثة قاصرا والباقى بالغين تسمع الدعوى بالنظر إلى القاصر بقدر مايخصه دون البالغين .

مطلب إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة لا تسمع

السابع : استثنوا الغائب والوقف ولم يبينوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة ويؤيده قوله فى الخيرية من المقرر أن الترك لايتأتى من الغائب له أو عليه لعدم تأتى الجواب منه بالغيبة والعلة خشية التزوير ولا يتأتى بالغيبة الدعوى عليه ، فلا فرق فيه بين غيبة المدعى والمدعى عليه اه . وكذا الظاهر فى باقى الأعذار أنه لامدة لها لأن بقاء العذر وإن طالت مدته يؤكد عدم التزوير بخلاف الوقف ، فإنه لو طالت مدة دعواه بلا عذر ثلاثا وثلاثين سنة

أمر السلطان إنما ينفذ إذا وافق الشرع وإلا فلا أشباه من القاعدة الخامسة وفوائد شتى فلو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له لاتكلف قضاتك إلى أمر يلزم منه سخطك أو سخط الخالق تعالى .

قضاء الباشا وكتابه إلى القاضي جائز إن لم يكن قاض مولى من السلطان .

الحاكم كالقاضي إلا في أربع عشرة مسألة

لاتسمع كما أفتى به في الحامدية أخذا مماذكره في البحر في كتاب الدعوى عن ابن الغرس عن المبسوط إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ، ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لاتسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا اه وفي جامع الفتوى عن فتاوى العتابى قال المتأخرون من أهل الفتوى : لاتسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس لهما ولى أو المدعى عليه أميرا جائرا اه ونقل ط عن الخلاصة لاتسمع بعد ثلاثين سنة اه ثم لايخفى أن هذا ليس مبنيا على المنع السلطانى بل هو منع من الفقهاء فلا تسمع الدعوى بعده وإن أمر السلطان بسماعها .

مطلب باع عقارا وأحد أقاربه حاضر لاتسمع دعواه

الثامن : سماع الدعوى قبل مضى المدة المحدودة مقيد بما إذا لم يمنع منه مانع آخر يدل على عدم الحق ظاهرا لما سيأتى في مسائل شتى آخر الكتاب من أنه لو باع عقارا أو غيره وامرأته أو أحد أقاربه حاضر يعلم به ، ثم ادعى ابنه مثلا أنه ملكه لاتسمع دعواه وجعل سكوته كالإفصاح قطعا للتزوير والحيل بخلاف الأجنبي فإن سكوته ولو جارا لايكون رضا إلا إذا سكت الجار وقت البيع ، والتسليم وتصرف المشترى فيه زرعا وبناء فلا تسمع دعواه على ماعليه الفتوى قطعا للأطماع الفاسدة اه . وأطال في تحقيقه في الخيرية من كتاب الدعوى ، فقد جعلوا مجرد سكوت القريب أو الزوجة عند البيع مانعا من دعواه بلا تقييد باطلاعه على تصرف المشترى كما أطلقه في الكنز والملتقى ، وأما دعوى الأجنبي ولو جارا فلابد في منعها من السكوت بعد الاطلاع على تصرف المشترى ، ولم يقيدوه بمدة وقد أجاب المصنف في فتاواه فيمن له بيت يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنين ، ويتصرف فيه هدما وعمارة مع اطلاع جاره على ذلك بأنه لاتسمع دعوى الجار عليه البيت أو بعضه على ماعليه الفتوى وسيأتى تمام الكلام على ذلك آخر الكتاب في مسائل شتى قبيل الفرائض إن شاء الله تعالى فانظره هناك فإنه مهم .

مطلب طاعة الإمام واجبة

(قوله أمر السلطان إنما ينفذ) أى يتبع ولا تجوز مخالفته وسيأتى قبيل الشهادات عند قوله أمرك قاض بقطع أو رجم الخ التعليل بوجوب طاعة ولى الأمر وفى ط عن الحموى أن صاحب البحر ذكر ناقلا عن أئمتنا أن طاعة الإمام فى غير معصية واجبة فلو أمر بصوم يوم وجب اه وقدمنا أن السلطان لو حكم بين الخصمين ينفذ فى الأصح وبه يفتى (قوله يلزم منه سخطك) أى إن عصوك وسخط الخالق أى إن أطاعوك اهـ ح عن الأشباه ، وفى سخط ضم المهملة مع سكون الخاء المعجمة وفتحهما ، ونقل عن الصيرفية جواز التحليف ، وهو مقيد بما إذا رآه القاضى جائزا أى بأن كان ذا رأى أما إذا لم يكن له رأى فلا ط عن أبى السعود والمراد بالرأى الاجتهاد (قوله قضاء الباشا الخ) قدمنا الكلام عليه قبيل قول المصنف لايقضى على غائب ولا له (قوله الحاكم كالقاضى) فى بعض النسخ المحكم وهو الذى فى البحر والأشباه (قوله إلا فى أربع عشرة مسألة) سيأتى فى آخر باب التحكيم أنه فى البحر عدها

ذكرناها فى شرح الكنز يعنى فى البحر .

وفى الفصل الأول من جامع الفصولين القاضى بتأخير الحكم يأثم ويعزر ويعزل وفى الأشباه لايجوز للقاضى تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا فى ثلاث: لريبة ولرجاء صلح أقارب وإذا استمهل المدعى.

لايصح رجوعه عن قضائه إلا فى ثلاث لو بعلمه أو ظهر خطؤه أو بخلاف مذهبه .

فعل القاضى حكم، فلو زوج اليتيمة من نفسه أو ابنه لم يجز

سبعة عشر ، ويأتى بيانه هناك مع زيادة عليها (قوله ذكرناها) من كلام الأشباه (قوله ويعزل) أى يستحق العزل كما فى الزيلعى (قوله لريبة) أى إذا كان له ريبة فى الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال أحدهم قبل القضاء: أستغفر الله كذبت فى شهادتى فسمعه القاضى بلا تعيين شخصه ، فسألهم فقالوا كلنا على شهادتنا فإنه لايقضى بشهادتهم ، ويخرجهم من عنده حتى ينظر فى ذلك بيرى (قوله ولرجاء صلح أقارب) وكذا الأجانب لأن القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه مهما أمكن ط عن الشيخ صالح وفى البيرى عن خزانة الأكمل إذا طمع القاضى فى إرضاء الخصمين لابأس بردهم، ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردهما أكثر من مرتين وإن لم يطمع أنفذ القضاء اهـ (قوله وإذا استمهل المدعى) أراد أن المدعى إذا استمهل من القاضى حتى يحضر بينة فإنه يمهله وكذا إذا أقام البينة ثم إن المدعى عليه استمهل من القاضى ، حتى يأتى بالدفع فإنه يجيبه ، ولا يعجل بالحكم اهـ وهذا بعد أن يسأله عن الدفع وكان صحيحا فلو فاسدا لايمهله ، ولايلتفت إليه كما فى قاضيخان بيرى .

قلت : وسيأتى قبيل باب دعوى الرجلين أنه او قال المدعى عليه لى دفع يمهل إلى المجلس الثانى وزاد البيرى عن الخلاصة مسألة أخرى يؤخر فيها إذا لم يعتمد على فتوى أهل مصره فبعث الفتوى إلى مصر آخر لايأثم بتأخير القضاء .

مطلب لايصح رجوع القاضى عن قضائه إلا فى ثلاث

(قوله لايصح رجوعه عن قضائه) فلو قال رجعت عن قضائى أو وقعت فى تلبيس الشهود أو أبطلت حكمى لم يصح والقضاء ماض كما فى الخانية أشباه قيد بالرجوع ، لأنه لو أنكر القضاء وقال الشهود قضى فالقول له على المفتى به ذكره ابن الغرس وقدمنا أول القضاء عن جامع الفصولين اعتماد خلافه فى زماننا .

مطلب فى حكم القاضى بعلمه

(قوله ولو بعلمه) كما إذا اعترف عنده شخص لآخر بمبلغ وغابا عنه ، ثم تداعى عنده اثنان فحكم على أحدهما ظانا أنه ذلك المعترف ، ثم تبين له أنه غيره له نقضه وتمامه فى شرح الوهبانية ، وهذا مبنى على أن للقاضى العمل بعلمه والفتوى على عدمه فى زماننا كما نقله فى الأشباه عن جامع الفصولين، وقيد بزماننا لفساد القضاة فيه وأصل المذهب الجواز وسيأتى تمامه فى باب كتاب القاضى إلى القاضى (قوله أو ظهر خطؤه) تقدم بيانه عند قوله ولو قضى بالجور (قوله أو بخلاف مذهبه) تقدم بيانه عند قوله قضى فى مجتهد فيه بخلاف رأيه .

مطلب فعل القاضى حكم

(قوله فعل القاضى حكم الخ) كذا فى الأشباه تفريعا واستثناء وذكر فى البحر أول كتاب القضاء ، فعل القاضى على وجهين .

. . . .

الأول : مالا يكون موضعا للحكم كما لو أذنته مكلفة بتزويجها فزوجها فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما فى القاسمية.

الثانى : مايكون محلا للحكم كتزويج صغيرة لا ولى لها وشرائه وبيعه مال اليتيم وقسمته العقار ونحو ذلك فجزم فى التجنيس بأنه حكم وكذا تزويجه اليتيمة من ابنه. ورده فى نكاح الفتح بأن الأوجه أنه ليس بحكم لانتفاء شرطه أى من الدعوى الصحيحة ، وبأن إلحاقه بالوكيل يكفى للمنع ، يعنى أن الوكيل بالنكاح لايملك التزويج من ابنه فالقاضى بمنزلته ، فيغنى ذلك عن كونه حكما.

وعلى هذا فقولهم شراء القاضى مال اليتيم أو شيئا من الغنيمة لنفسه لايجوز لأنه حكم لنفسه خلاف الأوجه لأن إلحاقه بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكما لأن شراء الوكيل لنفسه باطل لكن لما كثر فى كلامهم كون فعله حكما.

مطلب القضاء القولى يحتاج للدعوى بخلاف الفعلى والضمنى

فالأولى أن يقال تصحيحا لكلامهم إن الحكم القولى يحتاج إلى الدعوى والفعلى لا كالقضاء الضمنى لايحتاج إليها وإنما يحتاجها القصدى ، ويدخل الضمنى تبعا . وقال محمد فى الأصل لو طلب الورثة القسمة للعقار وفيهم غائب أو صغير قال الإمام لا أقسم مالم يبرهنوا على الموت والمواريث ، ولا أقضى على الغائب والصغير بقولهم لأن قسمة القاضى قضاء منه وقالا يقسم اهـ وهذا قاطع للشبهة فتعين الرجوع إلى الحق اهـ مافى البحر ملخصا :

وحاصله أن مافى الأصل لايمكن إلحاقه بالوكيل فى المنع من القسمة ، فتعين أن العلة مانص عليها من كون فعله حكما ، وتعين التوفيق بما ذكر من أن القضاء الفعلى لايحتاج إلى الدعوى كالضمنى بخلاف القولى القصدى . وبه اندفع مامر عن الفتح من قوله لانتفاء شرطه واندفع أيضا قول ابن الغرس : إن الصواب أن الفعل لايكون حكما نعم قال فى النهر : ممايدل على أنه ليس بحكم إثباتهم خيار البلوغ للصغير والصغيرة بتزويج القاضى على الأصح إذ لو كان تزويجه حكما لزم نقضه اهـ .

قلت : وقد يقال إن معنى كونه حكما أنه إذا زوج اليتيمة ليس لغيره نقضه كما أفتى به ابن نجيم أى لو رفع إلى حاكم آخر لايراه ليس له نقضه بل عليه تنفيذه ، لأن الحكم يرفع الخلاف ، ولا يلزم من هذا أنه ليس لها خيار البلوغ كما لو زوجها عصبة غير الأب والجد وحكم به القاضى ، فإن حكمه بصحة العقد لاينافى ثبوت خيار البلوغ كما لايخفى فكذا هنا بالأولى .

مطلب فى القضاء الضمنى

[تتمة] قال فى الأشباه : القضاء الضمنى لايشترط له الدعوى ، والخصومة فإذا شهدا على خصم بحق وذكرا اسمه واسم أبيه وجده ، وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وإن لم يكن فى حادثة النسب اهـ أى إذا كان المشهود عليه غير مشار إليه ، فلو مشارا إليه لايثبت نسبه كما أوضحه الحموى ثم قال فى الأشباه : وعلى هذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان ، وكلت زوجها فلانا فى كذا على خصم منكر ، وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما : وهى حادثة الفتوى ، ونظيره مافى الخلاصة من طريق الحكم بثبوت الرمضانية أن يعلق رجل وكالة فلان بدخول رمضان ، ويدعى بحق على آخر ويتنازعا فى دخوله فتقام البينة على رؤياه ، فيثبت رمضان ضمن ثبوت التوكيل وأصل القضاء الضمنى ماذكره أصحاب المتون من أنه لو ادعى كفالة على رجل بمال بإذنه فأقر بها ، وأنكر الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضاء عليه قصدا وعلى الأصيل الغائب ضمنا وله فروع

إلا فى مسألتين : إذا أذن الولى للقاضى بتزويجها كان وكيلا ، وإذا أعطى فقيرا من وقف الفقراء كان له إعطاء غيره .
أمر القاضى حكم إلا فى مسألة الوقف المذكورة فأمره فتوى فلو صرف بغيره صح .
القاضى يحلف غريم الميت ولو أقر به المريض :

وتفاصيل ذكرناها فى الشرح اهـ (قوله إلا فى مسألتين الخ) استثناء من قوله فعل القاضى حكم ، ووجه الأولى أن فعله بطريق الوكالة ، ووجه الثانية أن فعله كفعل الواقف فلقاض آخر نقضه كما فى منتخب المحيط الرضوى ، وقيد ذلك فيه بقيدين عن بعض المشايخ فإنه قال : وإن أعطى القاضى بعض القرابة أى فقيرا من قرابة الواقف ، ولم يقض له بذلك ولم يجعله راتبة فى الوقف كان لقاض آخر نقضه لكن ذكر فى الأشباه من القاعدة الخامسة أن تقرير القاضى المرتبات غير لازم إلا إذا حكم بعدم تقرير غيره فحينئذ يلزم وهى فى الخصاف أفاده البيرى .

مطلب أمر القاضى حكم

(قوله أمر القاضى حكم) قدمنا أول القضاء أنهم اتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه بالحق كأمره بالأخذ منه وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح واختلفوا فى قولهم سلم الدار وتمام الكلام عليه فى البحر والنهر هناك .

مطلب يحلف القاضى غريم الميت

(قوله القاضى يحلف غريم الميت) لم يبين أن هذا التحليف واجب أم لا ، وتوقف فيه المقدسى ، لكن قال فى الخلاصة عن أدب القاضى للخصاف : وأجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلف من غير طلب الوصى والوارث بالله مااستوفيت دينك من المديون ، ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئا منه ولا أحلت بذلك ولا بشىء منه على أحد ولا عندك به ولا بشىء منه رهن اهـ وعلله الصدر الشهيد بأن اليمين ليست للوارث ههنا ، وإنما هى للتركة لأنه قد يكون له غريم آخر أو موصى له فالحق فى هذا فى تركة الميت فعلى القاضى الاحتياط فى ذلك وقال قبله ، ولا يدفع له شيئا حتى يستحلفه اهـ فحيث أجمعوا على تحليفه وذكروا أنه لا يدفع إليه المال ، حتى يستحلف ، ولو لم يفعل ذلك لم تستوف الدعوى شرطها فلا ينفذ حكمه بالدفع والقبض والقاضى مأمور بالحكم بأصح أقوال الإمام ، فإذا حكم بغيره لم يصح فكيف وقد أجمعوا على التحليف وتمامه فى الحامدية قال فى البحر من الدعوى : ولا خصوصية للدين بل فى كل موضع يدعى حقا فى التركة ، وأثبته بالبينة وعزاه إلى الولوالجية ثم قال : ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغى أن يحلف احتياطا اهـ قال محشيه الرملى : قد يقال إنما يحلف فى مسألة مدعى الدين على الميت احتياطا لاحتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفاه فى باطن الأمر ، وأما فى مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور اهـ . وهذا وجيه كما لا يخفى :

[تنبيه] قيد بالقاضى لأن للوصى أن يدفع ذلك للمقر له إذا أقر به الميت عنده كما نصوا عليه وتمامه فى البيرى (قوله ولو أقر به المريض) أى فى مرض موته قال فى التتارخانية وقال القاضى الإمام أبو على النسفى : عرفنا أن الدين إذا تقادم وجوبه حتى يتوهم سقوطه بهذه الأسباب فغريم الميت يستحلف وكنا نظن أن الدين إذا ثبت

لايقبل قول أمين القاضى إنه حلف المخدرة إلا بشاهدين :

من اعتمد على أمر القاضى الذى ليس بشرعى لم يخرج عن العهدة اه وقدمنا فى الوقف عن المنظومة المحبية معزيا للمبسوط أن للسلطان مخالفة شرط الواقف لوغالبه قرى ومزارع وأنه يعمل بأمره وإن غاير الشرط فليحفظ :

قلت : وأجاب صنعى أفندى بأنه متى كان فى الوقف سعة ولم يقصر فى أداء خدمته لايمنع فتنبه . وفى الوهبانية يحبس الولى بدين الصغير حتى يوفيه أو يظهر فقر الصغير .

قلت : لكن قدم شارحها عن قاضيخان أن الحر والعبد والبالغ والصبى فى الحبس سواء فيتأمل نفيه هنا قاله الشرنبلالى : قال : وليس للقاضى البيع مع وجود أب أو وصى وهى فائدة حسنة .

قلت : وفى القنية ومتى باعا فللقاضى نقضه لو أصلح كما نظمه الشارح فضممته للمتن مغيرا لبعضه فقلت :

وينقض بيع من أب أو وصيه ولو مصلحا والأصلح النقض يسطر

بإقرار المريض فى مرض موته أن الغريم لايستحلف ، لأنه ذكر فى المبسوط في مواضع أن المريض إذا أقر فى مرضه بالديون للغرماء ، فإنهم يعطون ذلك ولم يشترط اليمين والخصاف ذكر اليمين هنا وهذا الشىء استفيد من جهته اه بيرى (قوله إنه حلف المخدرة) هى التى لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام كذا ذكره الشارح عن القنية فى باب الشهادة على الشهادة (قوله إلا بشاهدين) هذه عبارة الأشباه ، وظاهرها أنه لابد من شاهدين غير الأمين وقدم عن الصغرى أنه يقبل قول شاهد معه قال شيخ صالح : ولعل ذلك لاختلاف الروايتين ط (قوله وقدمنا فى الوقف الخ) كان الأولى ذكره عند قوله أمر السلطان إنما ينفذ الخ (قوله أن للسلطان مخالفة شرط الواقف) فيجوز له إحداث وظيفة أو مرتب إذا كان المقرر فى ذلك من مصارف بيت المال ط (قوله لو غالبه قرى ومزارع) بأن كان الواقف له سلطانا أو واحدا من الأمراء ، ولم يعلم تملكه لها بوجه شرعى ، ولذا علله الشارح هناك بقوله لأن أصلها لبيت المال ، وأفتى المفتى أبو السعود أفندى بأن أوقاف الملوك والأمراء لايراعى شروطها ، لأنها من بيت المال أو ترجع إليه اه . وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى الوقف (قوله وأجاب صنعى أفندى) أى عن سؤال سئل عنه (قوله متى كان فى الوقف سعة) بفتح السين والعين المهملتين أى بأن كانت غلته وافرة (قوله ولم يقصر) أى ذو الوظيفة التى أحدثها السلطان (قوله لا يمنع) أى من تناول ما قرره له .

مطلب فى حبس الصبى

(قوله يحبس الولى الخ) فى البحر لا يحبس صبى على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب أو وصى ، والرأى فيه للقاضى ، فيأذن فى بيع بعض ماله للإيفاء ، ولو له أب أو وصى يحبس إن امتنع من قضاء دينه من ماله أى مال الصبى ، ولا يحبس الصبى إلا بطريق التأديب لئلا يتجاسر إلى مثله إذا باشر شيئا من أسباب التعدى قصدا فلو خطأ فلا كذا فى كفالة المبسوط وفى المحيط للقاضى حبس الصبى التاجر تأديبا لا عقوبة ، لئلا يماطل حقوق العباد فإن الصبى يؤدب لينزجر عن الأفعال الذميمة اه (قوله فيتأمل نفيه هنا) قد علمت من عبارتى المبسوط والمحيط أن نفيه على وجه العقوبة وإثباته على وجه التأديب وهو شامل أيضا للمأذون والمحجور فافهم (قوله قال) أى الشرنبلالى وقد عزاه فى النهر للطرسوسى أخذا من قول المبسوط ولو له أب أو وصى الخ (قوله فللقاضى نقضه)أى نقض بيع الأب والوصى لو النقض أصلح للصغير (قوله كما نظمه الشارح) أى شارح الوهبانية القاضى عبد البر بن الشحنة (قوله ولو مصلحا) إنما ذكره لأنهم صرحوا بأن شرط بيع الأب عقار الصغير بمثل القيمة كونه محمودا أو مستورا ، فلو كان مفسدا لايجوز إلا بضعف القيمة (قوله والأصلح النقض)

ويحبس في دين على الطفل والد وصى وللتأديب بعض يصوّر
وفى الدين لم يحبس أب ومكاتب وعبد لمولاه كعكس ومعسر

نعم لو العبد مديونا يحبس المولى بدينه لأنه للغرماء ، وكذا يحبس بدين مكاتبه إلا فيما كان من جنس الكتابة ، فى عتاق الوهبانية :

وفى غير جنس الحق يحبس سيدا مكاتبه والعبـد فيها مخـير

وفى حجرها : ويحبس ذو الكتب الصحاح المحرر على الدين إذ بالكتب ماهو معسر

باب التحكيم

الواو للحال وقوله يسطر بسكون السين جملة استئنافية (قوله ويحبس الخ) أى يحبس الوالد والوصى فى دين على الطفل لأجنبي إذا كان للطفل مال وامتنعا من أدائه كما علم مما مر (قوله وصى) على تقدير الواو العاطفة (قوله وللتأديب الخ) أى وحبس الصبى للتأديب بعض المشايخ تصوروا (قوله وفى الدين لم يحبس أب) تقدمت هذه المسألة فى قوله لايحبس أصل وإن علا فى دين فرعه بل يقضى القاضى دينه من عين ماله أو قيمته الخ واحترز بالدين عن النفقة فإنه يحبس بها كما مر هناك (قوله ومكاتب) بفتح التاء أى لايحبس المكاتب بدين الكتابة ، فإن كان دينا آخر يحبس به للمولى ومنهم من منعه لأنه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز وصححه فى المبسوط وعليه الفتوى بحر عن أنفع الوسائل (قوله وعبد لمولاه) أى لدين مولاه أطلقه الزيلعى فظاهره ولو كان مديونا بحر (قوله كعكس) أى عكس المكاتب والعبد فلا يحبس المولى بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة ، وإلا يحبس لتوقفها على الرضا ، ولا يحبس المولى بدين عبده المأذون غير المديون وإن مديونا يحبس لحق الغرماء بحر وذكره الشارح بعد .

مطلب جملة من لايحبس عشرة

(قوله ومعسر) أى من ظهر إعساره بعد حبسه المدة التى يراها القاضى فلا يحبس بعدها وبهذا بلغ عدد من لا يحبس سبعة أولها الصبى أوكلها فى النظم قدعدها فى البحر كذلك لكنه أسقط المعسر وذكر بدله العاقلة إن كان لهم عطاء فلا يحبسون فى دية وأرش ، ويؤخذ من العطاء وإن لم يكن عطاء يحبسون ثم قال : ويزاد مسئلتان لايحبس المديون إذا علم القاضى أن له مالا غائبا أو محبوسا موسرا فصارت تسعا اه .

قلت : وبالمعسر صارت عشرا (قوله نعم الخ) تقييد لقوله كعكس (قوله إلا فيما كان من جنس الكتابة) الأولى أن يقول : إن لم يكن من جنس الكتابة فإنه تقييد أيضا لقوله كعكس كما علم من عبارة البحر المارة آنفا (قوله سيدا) مفعول مقدم على فاعله وهو مكاتبه (قوله العبد فيها) أى فى الكتابة مخير ، لأنها عقد غير لازم فى جانبه فله فسخها (قوله المحرر) اسم فاعل أى الذى حرر لكتب وصححها واحتاج إليها لاعتماده عليها (قوله إذ بالكتب ما هو معسر(١)) إذ قضاء الدين مقدم على حاجته إليها وإن كان فقيرا فى حق أخذ الصدقة وعدم وجوب الزكاة كما لو كان له قوت شهر فإنه يباع عليه وهو موسر ولا يباع عليه قوت يومه كما فى القنية والله سبحانه أعلم .

باب التحكيم

لما كان من فروع القضاء وكان أحط رتبة من القضاء أخره ، ولهذا قال أبو يوسف : لايجوز تعليقه بالشرط

---

(١) قوله (إذ هو بالكتب الخ) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح إذ بالكتب الخ وهو الموافق للوزن اه مصححه .

(هو) لغة : جعل الحكم فيما لك لغيرك . وعرفا : (تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما . وركنه لفظه الدال عليه مع قبول الآخر) ذلك (وشرطه من جهة المحكم) بالكسر (العقل لا الحرية والإسلام) فصح تحكيم ذمى ذميا (و) شرطه (من جهة المحكم) بالفتح (صلاحيته للقضاء) كمامر (ويشترط الأهلية) المذكورة (وقته) أى التحكيم (ووقت الحكم جميعا ، فلو حكما عبدا فعتق أو صبيا فبلغ أو ذميا فأسلم ثم حكم لا ينفذ كما) هو الحكم (فى مقلد) بفتح اللام مشددة بخلاف الشهادة وقدمنا أنه لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح وعزاه سعدى أفندى للمبتغى (حكما رجلا) معلوما إذ لو حكما أول من يدخل المسجد لم يجز إجماعا للجهالة (فحكم بينهما ببينة أو إقرار أو نكول)

وإضافته إلى وقت ، بخلاف القضاء لكونه صلحا من وجه بحر (قوله هو لغة الخ) فى الصحاح ويقال حكمته فى مالى إذا جعلت إليه الحكم فيه اه : وهذه العبارة لا تدل على أن التحكيم لغة خاص بالمال خلافا لما توهمه عبارة الشارح ، ولذا قال فى المصباح : حكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه (قوله وعرفا تولية الخصمين) أى الفريقين المتخاصمين ، فيشمل ما لو تعدد الفريقان ولذا أعيد عليهما ضمير الجماعة فى قوله تعالى — هذان خصمان اختصموا — وفى المصباح : الخصم يقع على المفرد وغيره والذكر والأنثى بلفظ واحد ، وفى لغة يطابق فى التثنية والجمع فيجمع على خصوم وخصام اه فافهم (قوله حاكما) المراد به ما يعم الواحد والمتعدد :

[تنبيه] فى البحر عن البزازية قال بعض علمائنا : أكثر قضاة عهدنا فى بلادنا مصالحون ، لأنهم تقلدوا القضاء بالرشوة ، ويجوز أن يجعل حاكما بترافع القضية ، واعترض بأن الرفع ليس على وجه التحكيم بل على اعتقاد أنه ماضى الحكم وحضور المدعى عليه قد يكون بالأشخاص والجبر فلا يكون حكما ، ألا ترى أن البيع قد ينعقد ابتداء بالتعاطى ، لكن إذا تقدمه بيع باطل أو فاسد وترتب عليه التعاطى لا ينعقد البيع لكونه ترتب على سبب آخر فكذا هنا ولهذا قال السلف القاضى النافذ حكمه أعز من الكبريت الأحمر اه قال ط : وبعض الشافعية يعبر عنه بأنه قاضى ضرورة إذ لا يوجد قاض فيما علمناه من البلاد إلا وهو راش ومرتش اه وانظر ما قدمناه أول القضاء (قوله وركنه لفظه الخ) أى ركن التحكيم لفظه الدال عليه أى اللفظ الدال على التحكيم كاحكم بيننا أو جعلناك حكما أو حكمناك فى كذا ، فليس المراد خصوص لفظ التحكيم (قوله مع قبول الآخر) أى المحكم بالفتح فلو لم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم بحر عن المحيط (قوله من جهة المحكم) أى جنسه الصادق بالفريقين وشمل ما لو كان أحدهما قاضيا كما فى القهستانى (قوله لا الحرية) فتحكيم المكاتب والعبد المأذون صحيح بحر (قوله فصح تحكيم ذمى ذميا) لأنه أهل للشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين ، ويكون تراضيهما عليه فى حقهما كتقليد السلطان إياه ، وتقليد الذمى ليحكم بين أهل الذمة صحيح لا بين المسلمين ، وكذلك التحكيم هندية عن النهاية ط وفى البحر عن المحيط : فلو أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكم الكافر على المسلم وينفذ للمسلم على الذمى، وقيل : لا يجوز للمسلم أيضا وتحكيم المرتد موقوف عنده ، فإن حكم ثم قتل أو لحق بطل وإن أسلم نفذ وعندهما جائز بكل حال (قوله كما مر) أى فى الباب السابق فى قوله : والمحكم كالقاضى ، وأفاد جواز تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء والأولى أن لا يحكما فاسقا بحر (قوله وقته ووقت الحكم جميعا) وكذا فيما بينهما بخلاف القاضى كما سيأتى فى المسائل المخالفة بحر (قوله فلو حكما عبدا الخ) ولو حكما حرا وعبدا فحكم الحر وحده لم يجز وكذا إذا حكما بحر عن المحيط (قوله فى مقلد) بفتح اللام مبنى للمجهول أى فيمن قلده الإمام القضاء (قوله بخلاف الشهادة) فإن اشتراط الأهلية فيها عند الأداء فقط وأشار بهذا إلى فائدة قول المصنف : صلاحيته للقضاء حيث لم يقل للشهادة (قوله وقدمنا) أى قبيل قوله وإذا رفع إليه حكم قاض وأشار بهذا إلى أن قوله

ورضيا بحكمه (صح لو فى غـير حد وقود ودية على عاقلة) الأصل أن حكم المحكم بمنزلة الصلح وهذه لا تجوز بالصلح فلا تجوز بالتحكيم (وينفرد أحدهما بنقضه) أى التحكيم بعد وقوعه (كما) ينفرد أحد العاقدين (فى مضاربة وشركة ووكالة) بلا التماس طالب (فإن حكم لزمهما) ولا يبطل حكمه بعزلهما لصدوره عن ولاية شرعية و (لا) يتعدى حكمه إلى (غيرهما) إلا فى مسألة ما لو حكم أحد الشريكين وغريما له رجلا فحكم بينهما وألزم الشريك تعدى للشريك الغائب لأن حكمه كالصلح بحر (فلو حكماه فى عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع رده على بائعه إلا برضا البائع الأول والثانى والمشترى)

كما فى مقلد ليس متفقا عليه وقدمنا أول القضاء عند قوله : وأهله أهل الشهادة أن فيه روايتين وأنه فى الواقعات الحسامية قال الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة ، لأن الكفر لاينافى ابتداء القضاء فى إحدى الروايتين وإن هذا يؤيد رواية صحة تولية الكافر والعبد وصحة حكمها بعد الإسلام والعتق بلا تجديد تولية وبه جزم فى البحر واقتصر عليه فى الفتح خلافا لما مشى عليه المصنف هنا وأن هذا بخلاف الصبى إذا بلغ فإنه لابد من تجديد توليته وقدمنا وجه الفرق هناك فافهم وهل تجرى هذه الرواية فى المحكم ؟ لم أره والظاهر لا :

مطلب حكم بينهما قبل تحكيمه ثم أجازاه جاز

(قوله ورضيا بحكمه) أى إلى أن حكم كذا فى الفتح ، فأفاد أنه احترز عما لو رجعا عن تحكيمه قبل الحكم أو عما لو رضى أحدهما فقط ، لكن كان الأولى ذكره قبل قوله : فحكم لئلا يوهم اشتراط الرضا بعد الحكم مع أنه إذا حكم لزمهما حكمه كما فى الكنز وغيره ويأتى متنا أو يذكره هنا بأو ليدخل ما لو حكم بينهما قبل تحكيمه ثم قالا رضينا بحكمه وأجزناه فإنه جائز كما نقله ط عن الهندية (قوله صح لو فى غير حد وقود الخ) شمل سائر المجتهدات من حقوق العباد كما ذكره بعد ، وما ذكره من منعه فى القصاص تبعا للكنز وغيره هو قول الخصاف وهو الصحيح كما فى الفتح ، وما فى المحيط من جوازه فيه لأنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية ، لأن فيه حق الله تعالى أيضا وإن كان الغالب حق العبد وكذا ما اختاره السرخسى من جوازه فى حق القذف ضعيف بالأولى لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح بحر (قوله ودية على عاقلة) خرج ما لو كانت على القاتل بأن ثبت القتل بإقراره ، أو ثبتت جراحة ببينة وأرشها أقل مما تحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة أو عمداً ، أو كانت قدر ما تتحمله ولكن كانت الجراحة عمدا لا توجب القصاص فينفذ حكمه وتمامه فى البحر (قوله بمنزلة الصلح) لأنهما توافقا على الرضا بما يحكم به عليهما (قوله وهذه لا تجوز بالصلح) اعترض بأنه سيأتى فى الصلح جوازه فى كل حق يجوز الاعتياض عنه ، ومنه القصاص لا فيما لا يجوز ، ومنه الحدود :

أقول : منشأ الاعتراض عدم فهم المراد فإن المراد أن هذه الثلاثة لا تثبت بالصلح أى بأن اصطلحا على لزوم الحد أو لزوم القصاص الخ : وما سيأتى فى الصلح معناه أنه يجوز الصلح عن القصاص بمال لأنه يجوز الاعتياض عنه بخلاف الحد ، فالقصاص هنا مصالح عنه ، وفى الأول مصالح عليه ، والفرق ظاهر كما لا يخفى (قوله بعد وقوعه) الأولى أن يبدله بقوله قبل الحكم (قوله كما ينفرد أحد العاقدين الخ) أى بنقض العقد وفسخه إذا علم الآخر ولو بكتابة أو رسول على تفصيل مر فى الشركة ، ويأتى فى الوكالة والمضاربة إن شاء الله تعالى (قوله بلا التماس طالب) يعنى أن الموكل ينفرد بعزل الوكيل ما لم يتعلق بالتوكيل حق المدعى كما لو أراد خصمه لسفر فطالب منه أن يوكل وكيلا بالخصومة فليس له عزله كما سيأتى فى بابه (قوله وغريما له) منصوب على أنه مفعول معه (قوله لأن حكمه كالصلح) والصلح من صنيع التجار ، فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وما فى معناه بحر

بتحكيمه فتح ثم استثناء الثلاثة يفيد صحة التحكيم فى كل المجتهدات كحكمه بكون الكنايات رواجع وفسخ اليمين المضافة إلى الملك وغير ذلك لكن هذا مما يعلم ويكتم وظاهر الهداية أنه يجيب بلا يحل فتأمل (وصح إخباره بإقرار أحد الخصمين وبعدالة الشاهد حال ولايته) أى بقاء تحكيمهما

(قوله بتحكيمه) متعلق برضا (قوله ثم استثناء الثلاثة) أى الحد والقود والدية على العاقلة وكان الأولى ذكر هذا عقبها (قوله فى كل المجتهدات) أى المسائل التى يسوغ فيها الاجتهاد من حقوق العباد كالطلاق والعتاق والكتابة والكفالة والشفعة والنفقة والديون والبيوع بخلاف ما خالف كتابا أو سنة وإجماعا (قوله كحكمه بكون الكنايات رواجع الخ) قال الصدر الشهيد فى شرح أدب القضاء هو الظاهر عند أصحابنا وهو الصحيح ، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى وقالوا يحتاج إلى حكم الحاكم كما فى الحدود والقصاص كى لا يتجاسر العوام فيه اهـ .

قال فى الفتح : وفى الفتاوى الصغرى حكم المحكم فى الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيها روى عن أصحابنا ماهو أوسع من هذا ، وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين وسعه اتباع فتواه وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها . وروى عنهم ماهو أوسع وهو إن تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملا بفتواهما اهـ (قوله وغير ذلك) كما إذا مس صهرته بشهوة وانتشر لها فحكم الزوجان حكما ليحكم لهما بالحل على مذهب الشافعى ، فالأصح هو النفاذ إن كان الحكم يراه وإلا فالصحيح عدمه أفاده فى البحر عن القنية (قوله وظاهر الهداية الخ) حيث قال قالوا : وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم فى سائر المجتهدات ، وهو الصحيح إلا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام اهـ أى تجاسرهم على هدم المذهب فتح . ومثل عبارة الهداية عبارة شرح أدب القضاء المارة آنفا ، وتقدم فيها أن الصحيح صحة التحكيم ، وأنه الظاهر عن أصحابنا وكان ماهنا ترجيح للقول الآخر المقابل للصحيح . والمتبادر من عبارة الهداية : أنه لا يفتى بجوازه فى سائر المجتهدات . لكن ذكر فى البحر عن الولوالجية ، والقنية ماهو كالصريح فى أن ذلك فى اليمين المضافة ونحوها ، ونحوه ماقدمناه آنفا عن الفتح عن الفتاوى الصغرى : ويأتى التصريح به فى المخالفات ، ولكن يتأمل فى وجه المنع من عدم الإفتاء به ، والتعليل بأن لا يتجاسر العوام على هدم المذهب لا يظهر فى خصوص اليمين المضافة ونحوها .

ثم رأيت المقدسى توقف فى ذلك أيضا وأجاب بما حاصله : أنهم منعوا من تولية القضاء لغير الأهل لئلا يحكم بغير الحق وكذلك منعوا من التحكيم هنا لئلا يتجاسر العوام على الحكم بغير علم .

قلت : هذا يفيد منع التحكيم مطلقا إلا لعالم . والأحسن فى الجواب أن يقال : إن الحالف فى اليمين المضافة إذا كان يعتقد صحتها يلزمه العمل بما يعتقده ، فإذا حكم بعدم صحتها حاكم مولى من السلطان لزمه اتباع رأى الحاكم وارتفع بحكمه الخلاف ، أما إذا حكم رجلا فلا يفيده شيئا سوى هدم مذهبه لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح لا يرفع خلافا ولا يبطل العمل بما كان الحالف يعتقده فلذا قالوا لا يفتى به ولا بد من حكم المولى هذا ما ظهر لى والله سبحانه أعلم .

[تنبيه] سيأتى فى المخالفات أنه لا يصح حكمه بما فيه ضرر على الصغير بخلاف القاضى (قوله وصح إخباره الخ) أى إذا قال لأحدهما أقررت عندى ، أو قامت عندى بينة عليك لهذا فعدلوا عندى ، وقد ألزمتك بذلك وحكمت لهذا فأنكر المقضى عليه لا يلتفت إلى إنكاره ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا ، لأن المحكم مادام تحكيمهما قائما كالقاضى المقلد إلا أن يخرجه المخاطب عن الحكم ، ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك أو قاله بعد المجلس

(لا) يصح (إخباره بحكمه) لانقضاء ولايته (ولا يصح حكمه لأبويه وولده وزوجته) كحكم القاضى (بخلاف حكمهما) أى القاضى والمحكم (عليهم) حيث يصح كالشهادة (حكما رجلين فلابد من اجتماعهما) على المحكوم به (ويمضى) القاضى (حكمه إن وافق مذهبه وإلا أبطله) لأن حكمه لايرفع خلافا (وليس له) للمحكم (تفويض التحكيم إلى غيره وحكمه بالوقف لايرفع خلافا) على الصحيح خانية (فلو رفع إلى موافق) لمذهبه (حكم) ابتداء (بلزومه) بشرطه (ولا يمضيه) لأنه لم يقع معتبرا.

والحاصل أنه كالقاضى إلا فى مسائل عد منها فى البحر سبعة عشر منها لو ارتد انعزل فإذا أسلم احتاج لتحكيم جديد

لأنه بالقيام منه ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضى إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لايصدق فتح (قوله لايصح إخباره بحكمه) أى بعد ماقام (قوله كحكم القاضى) فإنه لايصح لمن لاتقبل شهادته له (قوله فلا بد من اجتماعهما) فلو حكم أحدهما أو اختلفا لم يجز كما فى البحر عن الولوالجية وفيه عن الخصاف لو قال لامرأته أنت على حرام، ونوى الطلاق دون الثلاث فحكما رجلين، فحكم أحدهما بأنها بائن وحكم الآخر بأنها بائن بالثلاث لم يجز لأنهما لم يجتمعا على أمر واحد اهـ (قوله ويمضى حكمه) أى إذا رفع حكمه إلى القاضى إن وافق مذهبه أمضاه وإلا أبطله، وفائدة إمضائه ههنا أنه لو رفع إلى قاض آخر يخالف مذهبه ليس لذلك القاضى ولاية النقض فيما أمضاه هذا القاضى جوهرة. وفى البحر ولو رفع حكمه إلى حكم آخر حكماه بعد فالثانى كالقاضى يمضيه إن وافق رأيه وإلا أبطله (قوله لأن حكمه لايرفع خلافا) لقصور ولايته عليهما بخلاف القاضى العام (قوله للمحكم) بدل من له (قوله تفويض التحكيم إلى غيره) فلو فوض وحكم الثانى بلا رضاهما فأجازه القاضى لم يجز إلا أن يجيزاه بعد الحكم، وقيل ينبغى أن يكون كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثانى فتح (قوله وحكمه بالوقف) أى بلزومه لايرفع خلافا أى خلاف الإمام القائل بعدم لزومه، بل يبقى عنده غير لازم يصح رجوعه عنه (قوله بشرطه) أى من كونه مفرزا عقارا ونحو ذلك مما مر فى بابه (قوله ولا يمضيه) عبارة البحر لا أنه يمضيه (قوله عد منها فى البحر سبعة عشر) أشار إلى أنها تزيد على ذلك وهو كذلك وتقدم كثير منها فى الشرح والمتن، منها أنه لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح على أحد القولين بخلاف المحكم كما مر، وأنه لابد من تراضيهما عليه وأن التحكيم لا يصح فى حد وقود ودية على العاقلة، وأن لكل منهما عزله قبل الحكم، وأنه لايتعدى حكمه فى الرد بالعيب إلى بائع البائع، وأنه لايفتى بحكمه فى فسخ اليمين المضافة ونحوها وأنه لايصح إخباره بحكمه بخلاف القاضى على ماسيأتى فى آخر المتفرقات، وأنه لو خالف حكمه رأى القاضى أبطله، وأنه ليس له التفويض إلى غيره، وأن الوقف لايلزم بحكمه فهذه عشرة مسائل مذكورة فى البحر. وبقى أنه لايجوز تعليقه ولا إضافته عند أبى يوسف وأنه لايتعدى حكمه إلى الغائب لو كان مايدعى عليه سببا لما يدعى على الحاضر، وأنه لايجوز كتابه إلى القاضى كعكسه وأنه لايحكم بكتاب قاض إلا إذا رضى الخصمان وأنه لايتعدى حكمه من وارث إلى الباقى والميت وأنه لايتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلى موكله وأنه لايصح حكمه على وصى صغير بما فيه ضرر على الصغير وأنه لايتقيد ببلد التحكيم بل له الحكم فى البلاد كلها، وأنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه وكل زيدا بالخصومة إلى قاضى الكوفة والآخر إلى قاضى البصرة تقبل لا لو شهد أحدهما بذلك إلى الفقيه فلان والآخر إلى الفقيه فلان آخر، لأن الحكم متوسط، وقد يكون أحد الحكمين أحذق من الآخر فلا يرضى الموكل بالآخر بخلاف مالو كان المطلوب نفس القضاء فإنه لايختلف كما فى شرح أدب القضاء فهذه تسع مذكورة فى البحر أيضا وذكر فيه أربع مسائل أخر ذكرها الشارح بعد، فهذه ثلاث وعشرون مسألة وزاد فى البحر أخرى حيث قال: ثم اعلم أنهم قالوا إن القضاء يتعدى إلى الكافة

بخلاف القاضى ومنها لورد الشهادة لتهمة فلغيره قبولها « وينبغى أن لايلى الحبس ولم أره وكذا لم أر حكم قبوله الهدية وينبغى أن لا تجوز إن أهدى إليه وقت التحكيم.

باب كتاب القاضى إلى القاضى وغيره

أراد بغيره قوله والمرأة تقضى الخ (القاضى يكتب إلى القاضى فى) كل حق به يفتى استحسانا (غير حد وقود) للشبهة

فى أربع الحرية والنسب والنكاح والولاء ولم يصرحوا بحكمها من المحكم ويجب أن لايتعدى ، فتسمع دعوى الملك فى المحكوم بعتقه من المحكم بخلاف القاضى اه :

قلت : ويزاد أيضا أنه ينعزل بقيامه من المجلس كما قدمناه عن الفتح فهى أربعة وعشرون (قوله بخلاف القاضى) فإن الفتوى على أنه لاينعزل بالردة كما قدمناه فإذا أسلم لايحتاج إلى تولية جديدة (قوله فلغيره قبولها) بخلاف مالو رد قاض شهادة للتهمة لايقبلها قاض آخر ، لأن القضاء بالرد نفذ على الكافة بحر عن المحيط (قوله وينبغى أن لايلى الحبس ولم أره) كذا فى بعض نسخ البحر ، وفى بعضها قبل قوله ولم أره مانصه وفى صدر الشريعة من باب التحكيم قال : وفائدة إلزام الخصم أن المتبايعين إن حكما حكما فالحكم يجبر المشترى على تسليم الثمن والبائع على تسليم المبيع ومن امتنع يحبسه اه فهذا صريح فى أن الحكم يحبس اه (قوله وكذا الخ) هذا من البحر أيضا حيث قال : وكذا لم أر حكم قبول الهداية وإجابة الدعوة ، وينبغى أن يجوزا له لانتهاء التحكيم بالفراغ إلا أن يهدى إليه وقته من أحدهما فينبغى أن لايجوز اه وذكر الرحمتى أن الذى ينبغى الجواز لأن من ارتاب فيه له عزله قبل الحكم بخلاف القاضى اه وفيه نظر والله سبحانه أعلم :

باب كتاب القاضى إلى القاضى وغيره

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لايتحقق فى الوجود إلا بقاضيين ، فهو كالمركب بالنسبة لما قبله فتح وهذا أولى من قول الزيلعى إنه ليس من كتاب القضاء لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم . نعم هو من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب اه وحيث كان من عملهم فكيف ينفيه بحر : وأجاب فى النهر بأن المنفى كونه قضاء والمثبت كونه من أحكامه (قوله وغيره) عطف على كتاب ط (قوله إلى القاضى) أى البعيد بمسافة يأتى بيانها وأفاد أن قاضى مصر يكتب إلى مثله وإلى قاضى الرستاق ، بخلاف العكس وفيه خلاف يأتى قال فى الفتح : ولو كتب القاضى إلى الأمير الذى ولاه أصلح الله الأمير ثم قص القصة وهو معه فى المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير ففى القياس لايقبل لأن إيجاب العمل بالبينة ، ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه : وفى الاستحسان يقبل لأنه متعارف ولا يليق بالقاضى أن يأتى فى كل حادثة إلى الأمير ليخبره ، ولو أرسل رسولا ثقة كان كالمرسل فى جواز العمل به ، فكذا إذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم فى مثله من مصر إلى مصر فشرطنا هناك كتاب القاضى إلى القاضى اه أى شرطنا ذلك فيما إذا كان الأمير فى مصر آخر وقد أسقط فى البحر والنهر من عبارة الفتح قوله ولم يجر الرسم فى مثله من مصر إلى مصر فاختل نظام الكلام فافهم (قوله كل حق) من نكاح وطلاق وقتل موجبه مال وأعيان ولو منقولة وهو المروى عن محمد وعليه المتأخرون ، وبه يفتى للضرورة وفى ظاهر الرواية لايجوز فى المنقول للحاجة إلى الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة ، وعن الثانى تجويزه فى العبد لغلبة الإباق فيه لا فى الأمة وعنه تجويزه فى الكل قال فى الإسبيجابى وعليه الفتوى بحر (قوله استحسانا) والقياس أن لايجوز لأن كتابته لاتكون أقوى من عبارته وهو لو أخبر القاضى فى محله لم يعمل باخباره فكتابه أولى وإنما جوزناه لأثر على رضى الله تعالى عنه وللحاجة بحر

(وإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة وكتب بحكمه) ليحفظ (و) كتاب الحكم (هو السجل الحكمى) أى الحجة التى فيها حكم القاضى هذا فى عرفهم وفى عرفنا كتاب كبير تضبط فيه وقائع الناس (وإن لم يكن الخصم حاضرا لم يحكم) لأنه حكم على الغائب (وكتب الشهادة) إلى قاض يكون الخصم فى ولايته (ليحكم) القاضى (المكتوب إليه بها على رأيه وإن كان مخالفا لرأى الكاتب) لأنه ابتداء حكم وهو نقل الشهادة حقيقة ويسمى (الكتاب الحكمى) وليس بسجل (وقرأ) الكتاب (عليهم) أو أعلمهم بمافيه (وختم عندهم) أى عند شهود الطريق

(قوله فإن شهدوا على خصم حاضر الخ) قال فى النهاية المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب أو المسخر الذى جعله أى القاضى وكيلا لإثبات الحق ، ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج إلى قاض آخر ، لأن حكم القاضى قد تم على الأول .

أقول : لايخفى مافيه من التكلف والأحسن أن يقال : إن قوله فإن شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات فى هذا الباب بل توطئة لقوله : وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه ، ونظائره كثيرة كذا فى الدرر .

قلت : وحاصله أنه ليس المراد فى هذه المسألة من كتاب القاضى حكمه إلى قاض آخر حتى يراد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر بل المراد أن الشهادة عند القاضى تارة تكون على خصم حاضر ، فيحكم بها عليه ، ويكتب بحكمه كتابا ليحفظ الواقعة لاليبعثه إلى قاض آخر ، لأن الحكم قد تم وتارة تكون على خصم غائب ، وهى الآتية فهذه ذكرت توطئة لتلك وإلى هذا أشار الشارح بقوله ليحفظ : أى ليحفظ الواقعة وذكر فى النهر عن الزيلعى أنه إذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه اهـ .

وحاصله أنه قد يحتاج فى المسألة الأولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاض آخر فيكون ذكرها مقصودا فى هذا الباب وأفاد القهستانى أن الكتاب يكون إلى القاضى ، ولو كان الخصم حاضرا وذلك لامضاء قاض آخر كما إذا ادعى على آخر ألفا وبرهن وحكم به ، ثم اصطلحا أن يأخذه منه فى بلد آخر ويخاف أن ينكر فكتب به لامضاء قاضى البلد (قوله هو السجل) بكسر السين والجيم وتشديد اللام والضمتان مع التشديد والفتح مع سكون الجيم والكسر لغات قهستانى عن الكشاف (قوله التى فيها حكم القاضى) بيان للنسبة فى قوله الحكمى وشمل ما إذا كان إلى قاض آخر أولا (قوله وكتب الشهادة) أى بعد ماسمعها وعدلت نهر (قوله وإن كان مخالفا لرأى الكاتب الخ) أى بخلاف السجل فإنه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لأن السجل محكوم به دون الكتاب ولهذا له أن لا يقبل الكتاب دون السجل كما فى البحر عن منية المفتى وقوله فى النهر ولم أجده فيها مبنى على ما فى نسخته وإلا فقد وجدته فى نسختى وفى الفتح والكتاب الحكمى لا يلزم العمل إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم فى محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (قوله ويسمى الكتاب الحكمى) هذا فى عرفهم نسبوه إلى الحكم باعتبار ما يئول فتح (قوله وليس بسجل) لأن السجل محكوم به بخلاف الكتاب الحكمى (قوله وقرأ الكتاب عليهم) أى على شهود الطريق ولو فسر الضمير هنا وتركه فى قوله وختم عندهم ليعود على معلوم لكان أولى ط (قوله أو أعلمهم بما فيه) أى بأخباره لأنه لاشهادة بلا علم المشهود به ، كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لايفيد مالم يشهدوا بما تضمنه من الدين فتح .

قال فى البحر : ولا بد لهم من حفظ مافيه ولهذا قيل ينبغى أن يكون معهم نسخة أخرى مفتوحة ، فيستعينوا منها على الحفظ فإنه لابد من التذكر وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما (قوله وختم عندهم) أى على الكتاب بعد طيه ولا اعتبار للختم فى أسفله فلو انكسر خاتم القاضى أو كان الكتاب منشورا لم يقبل ، وإن ختم فى أسفله كما فى الذخيرة ، وتما قال عندهم لأنه لابد أن يشهدوا عنده أن الختم بحضرتهم كما فى المغنى ، واشتراط الختم ليس

(وسلم المكتاب إليهم بعد كتابة عنوانه فى باطنه) وهو أن يكتب فيه اسمه واسم المكتوب إليه وس. تهما (فلو كان) العنوان (على ظاهره لم يقبل) قيل هذا فى عرفهم وفى عرفنايكون على الظاهر فيعمل به واكتفى الثانى بأن يشهدهم أنه كتابه وعليه الفتوى كما فى العزمية عن الكفاية وفى الملتقى وليس الخبر كالعيان (فإذا وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه) أولا (ولايقبله) أى لايقرؤه (إلا بحضور الخصم وشهوده) واوكان لذمى على ذى لشهادتهم على فعل المسلم (إلا إذا أقرالخصم فلا حاجة إليهم) أى الشهود

بشرط إلا إذا كان الكتاب فى المدعى وبه يفتى كما ذكره المصنف قهستانى (قوله وسلم الكتاب إليهم) أى فى مجلس يصح حكمه فيه فلو سلم فى غير ذلك المجلس لم يصح كما فى الكرمانى قهستانى قال فى النهاية : وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبى يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلى قول أبى حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود كذا وجدت بخط شيخى اه ثم قال وأجمعوا فى الصك أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما فى الكتاب فاحفظ هذه المسألة فإن الناس اعتادوا خلاف ذلك اه سعيدية لكن ينافى دعوى الإجماع ما سيأتى عن أبى يوسف وقدم المصنف فى باب الاستحقاق لا يحكم بسجل الاستحقاق بشهادة أنه كتاب كذا بل لابد من الشهادة على مضمونه وكذا ما سوى نقل الشهادة والوكالة اه ومثله فى الغرر فهذا صريح فى أن كتاب نقل الشهادة والوكالة لا يحتاج للشهادة على مضمونه ومقتضاه أنه لا حاجة لقراءته على الشهود أيضا والظاهر أنه مبنى على قول أبى يوسف الآتى تأمل (قوله وشهرتهما) أفاد أن الاسم وحده لا يكفى بلا شهرة بكنية ونحوها قال فى الفتح : ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبى فلان إلى أبى فلان لا يقبل ، لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبى حنيفة وابن أبى ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط كعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وقيل هذا رواية وفى سائر الروايات لا تقبل الكنية المشهورة لأن الناس يشتركون فيها ويشتهر بها بعضهم فلا يعلم أن المكتوب إليه هو المشهور بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضى بلدة كذا فإنه فى الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل ولايته اه ملخصا .

قال فى النهر : ويكتب فيه اسم المدعى والمدعى عليه وجدهما ، ويذكر الحق والشهود إن شاء وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتبه لايقبل اه أى ليعلم أنه كان قاضيا حال الكتابة كما فى الفتح (قوله واكتفى الثانى الخ) الذى فى العزمية عن الكفاية هو عبارة النهاية التى ذكرناها آنفا وعبارة الملتقى هكذا وأبو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك سوى شهادتهم أنه كتابه لما ابتلى بالقضاء ، واختار السرخسى قوله وليس الخبر كالعيان اه أى أن أبا يوسف باشر القضاء مدة مديدة فاختار ذلك لما عاين المشقة فى الشروط المارة ، فلذا اختار السرخسى قوله : وظاهره أن الختم ليس بشرط عنده وظاهر الفتح أنه رواية عنه قال : ولا شك عندى فى صحته فإن الفرض عدالة حملة الكتاب فلا يضر عدم ختمه مع شهادتهم أنه كتابه نعم إذا كان الكتاب مع المدعى ينبغى اشتراط الختم لاحتمال التغيير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظا (قوله أى لايقرؤه) أشار إلى ما فى البحر عن الفتح من أن المراد من عدم قبوله بلا خصم عدم قراءته لأمجرد قبوله لأنه لايتعلق به حكم اه (قوله إلا بحضور الخصم وشهوده) أى شهود أنه كتاب فلان القاضى وأنه ختمه نهر وزاد بعد هذا فى الكنز فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضى سلمه إلينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضى وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه قال فى البحر : يعنى إذا ثبتت عدالتهم بأن كان يعرفهم بها أو وجد فى الكتاب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم ثم ذكر قول أبى يوسف المار (قوله لشهادتهم على فعل المسلم) وهو أنه كتب الكتاب وختمه وقرأه عليهم وسلمه إليهم (قوله إلا إذا أقر الخصم) أى بأنه كتاب

(بخلاف كتاب الأمان) فى دار الحرب (حيث لايحتاج إلى بينة) لأنه ليس بملزم وفى الأشباه : لايعمل بالخط إلا فى مسألة كتاب الأمان ويلحق به البراءات

فلان القاضى (قوله بخلاف كتاب الأمان) معناه إذ جاء الكتاب من ملكهم بطلب الأمان بحر عن العناية (قوله لأنه ليس بملزم) لأن له أن لا يعطيهم الأمان بخلاف كتاب القاضى ، فإنه يجب على القاضى المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به ولابد للملزم من الحجة وهى البينة فتح ؛

[فرع] لو مرض شهود الكتاب فى الطريق أو الرجوع إلى بلدهم أو السفر إلى بلدة أخرى فأشهدوا قوما على شهادتهم جاز وتمامه فى الخانية .

مطلب لايعمل بالخط

(قوله لايعمل بالخط) عبارة الأشباه لايعتمد على الخط ، ولا يعمل بمكتوب الوقف الذى عليه خطوط القضاة الماضين الخ . قال البيرى : المراد من قوله لايعتمد : أى لايقضى القاضى بذلك عند المنازعة ، لأن الخط مما يزور ويفتعل كما فى مختصر الظهيرية وليس منه مافى دواوين القضاة إلى آخر ماقدمناه أول القضاء عند قوله فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله فراجعه (قوله ويلحق به البراآت) عبارة الأشباه ويمكن إلحاق البراءات السلطانية المتعلقة بالوظائف إن كانت العلة أنه يعنى كتاب الأمان لايزور وإن كانت العلة الاحتياط فى الأمان لحقن الدم فلا .

أقول : يجب المصير إلى الأخير سانحانى أى لا مكان التزوير بل قد وقع كما ذكره الحموى وحينئذ فلا يصح الإلحاق ولكن قد علمت أن العلة فى كتاب الأمان أنه غير ملزم وقدمنا أول القضاء استظهار كون علة العمل بماله رسوم فى دواوين القضاة الماضين هى الضرورة وهنا كذلك فإنه يتعذر إقامة البينة على ما يكتبه السلطان من البراآت لاصحاب الوظائف ونحوهم وكذا منشور القاضى والوالى وعامة الأوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك بمجرد كتابته وإمكان تزويرها على السلطان لايدفع ذلك ، لأنه وإن وقع فهو أمر نادر فلما يقع وهو أندر من إمكان تزوير الشهود وهو أولى بالقبول من دفتر الصراف ونحوه فإنهم عملوا به للعرف كما يأتى .

مطلب فى العمل بما فى الدفاتر السلطانية

وذكر العلامة البعلى فى شرحه على الأشباه أن للشارح العلامة الشيخ علاء الدين رسالة حاصلها بعد نقله مافى الأشباه : وأن ابن الشحنة وابن وهبان جزما بالعمل بدفتر الصراف ونحوه لعلة أمن التزوير كما جزم به البزازى والسرخسى وقاضيخان قال إن هذه العلة فى الدفاتر السلطانية أولى : كما يعرفه من شاهد أحوال أهاليها حين نقلها إذ لا تحرر أولا إلا بإذن السلطان ثم بعد اتفاق الجم الغفير على نقل ما فيها من غير تساهل بزيادة أو نقصان تعرض على المعين لذلك فيضع خطه عليها ثم تعرض على المتولى لحفظها المسمى بدفتر أمينى فيكتب عليها ثم تعاد أصولها إلى أمكنتها المحفوظة بالختم فالأمن من التزوير مقطوع به وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتبة فلو وجد فى الدفاتر أن المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية مثلا يعمل به من غير بينة وبذلك يفتى مشايخ الإسلام كما هو مصرح به فى بهجة عبد الله أفندى وغيرها فليحفظ . اه .

قلت : ويؤيده العمل بما فى دواوين القضاة الماضين وكان مشايخ الإسلام المولين فى الدولة العثمانية أفتوا بما

ذكر إلحاقا للدفاتر السلطانية بدواوين القضاة المذكورة لاتحاد العلة فيهما والله سبحانه أعلم لكن قدمنا فى الوقف عن الخيرية أنه لا يثبت الوقف بمجرد وجوده فى الدفتر السلطانى .

مطلب فى دفتر البياع والصراف والسمسار

(قوله ودفتر بياع وصراف وسمسار) عطف على كتاب الأمان فإن هذا منصوص عليه لا ملحق به فقد قال فى الفتح من الشهادات أن خط السمسار والصراف حجة للعرف الجارى به اه قال البيرى : هذا الذى فى غالب الكتب حتى المجتبى فقال فى الإقرار وأما خط البياع والصراف والسمسار فهو حجة وإن لم يكن مصدرا معنونا تعرف ظاهرا بين الناس وكذا مايكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف اه وفى خزانة الأكمل صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه يحكم بذلك فى تركته إن ثبت أنه خطه وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة اه قال العلامة العينى : والبناء على العادة الظاهرة واجب فعلى هذا إذا قال البياع وجدت فى يادكارى بخطى أو كتبت فى يادكارى بيدى أن لفلان على ألف درهم كان هذا إقرارا ملزما إياه .

أقول : ويزاد أن العمل فى الحقيقة إنما هو لموجب العرف لا بمجرد الخط والله أعلم وبهذا عرف أن قولهم فيما إذا ادعى رجل مالا وأخرج بالمال خطا وادعى أنه خط المدعى عليه فأنكر كون الخط خطه فاستكتب فكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد اختلف فيه المشايخ والصحيح أنه لا يقضى بذلك فإنه لو قال هذا خطى وليس على هذا المال كان القول قوله يستثنى منه ما إذا كان الكاتب سمسارا أو صرافا أو نحو ذلك ممن يؤخذ بخطه كذا فى قاضيخان اه كلام البيرى .

قلت : ويستثنى منه أيضا ماقدمناه أول الباب من كتابة القاضى إلى الأمير الذى ولاه وكذا ما سيذكره الشارح عن شرح الوهبانية والملتقط ، وهو ما إذا كان على وجه الرسالة مصدرا معنونا اه وهو أن يكتب فى صدره من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة ، فهذا كالنطق فلزم حجة كما فى الملتقى والزيلعى من مسائل شتى آخر الكتاب ، ومثله فى الهداية والخانية ، وهذا إذا اعترف أن الخط خطه فإنه يلزمه ما فيه وإن أنكر أن يكون فى ذمته ذلك المال بخلاف ما إذا لم يكن مصدرا معنونا كما هو صريح الخانية وهذا ذكروه فى الأخرس وذكر فى الكفاية آخر الكتاب عن الشافى أن الصحيح مثل الأخرس فإذا كان مستبينا مرسوما وثبت ذلك بإقراره أو ببينة فهو كالخطاب اه ومقتضى كلامهم اختصاص ذلك بكونه على وجه الرسالة إلى الغائب وهو أيضا مفاد كلام الفتح فى الشهادات فراجعه لكن فى شهادات البحر عن البزازية ما يدل على أنه لا فرق فى المعنون بين كونه لغائب أو لحاضر ومثله مافى فتاوى قارىء الهداية إذا كتب على وجه الصكوك يلزمه المال وهو أن يكتب يقول فلان الفلانى إن فى ذمتى لفلان الفلانى كذا وكذا فهو إقرار يلزم وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اه .

قلت : والعادة اليوم فى تصديرها بالعنوان أنه يقال فيها سبب تحريره هو أنه ترتب فى ذمة فلان الفلانى الخ وكذا الوصول الذى يقال فيه وصل إلينا من يد فلان الفلانى كذا ومثله ما يكتبه الرجل فى دفتره مثل قوله : علم بيان الذى فى ذمتنا لفلان الفلانى ، فهذا كله مصدر معنون جرت العادة بتصديره بذلك ، وهو مفاد كلام قارىء الهداية المذكور ، فمقتضاه أن هذا كله إذا اعترف بأنه خطه يلزمه وإن لم يكن مصدرا معنونا لا يلزمه إذا أنكر المال ، وإن اعترف بكونه كتبه بخطه إلا إذا كان بياعا أو صرافا أو سمسارا لما فى الخانية وصك الصراف والسمسار

إن تيقن به قيل وبه يفتى (ولابد من مسافة ثلاثة أيام بين القاضيين كالشهادة على الشهادة) على الظاهر وجوزهما الثانى إن بحيث لايعود فى يومه وعليه الفتوى شرنبلالية وسراجية (ويبطل) الكتاب (بموت الكاتب وعزله

حجة عرفا اه فشمل ما إذا لم يكن مصدرا معنونا وهو صريح ما مر عن المجتبى وما إذا لم يعترف بأنه خطه كما هو صريح ما مر عن الخزانة :

ثم إن قول المجتبى ، وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم الخ يفيد عدم الاقتصار على الصراف والسمسار والبياع ، بل مثله كل ما جرت العادة به فيدخل فيه ما يكتبه الأمراء والأكابر ونحوهم ممن يتعذر الإشهاد عليهم ، فإذا كتب وصولا أو صكا بدين عليه ، وختمه بخاتمه المعروف ، فإنه فى العادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكنه إنكاره ، ولو أنكره يعد بين الناس مكابرا فإذا اعترف بكونه خطه وختمه ، وكان مصدرا معنونا فينبغى القول بأنه يلزمه ، وإن لم يعترف به ، أو وجد بعد موته فمقتضى مافى المجتبى أنه يلزمه أيضا عملا بالعرف كدفتر الصراف ونحوه ومثله ما إذا وجد فى صندوقه مثلا صرة دراهم مكتوب عليها هذه أمانة فلان الفلانى فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه :

ثم اعلم أن هذا كله فيما يكتبه على نفسه كما قيده بعض المتأخرين ، وهو ظاهر بخلاف ما يكتبه لنفسه ، فإنه لو ادعاه بلسانه صريحا لايؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه ولذا قيده فى الخزانة بقوله كتب على نفسه كما مر وذكر فى شرح الوهبانية أئمة بلخ قالوا يادكار البياع حجة لازمة عليه ، فإن قال البياع وجدت بخطى أن على لفلان كذا لزم قال السرخسى ، وكذا خط السمسار والصراف اه فقوله إن على لفلان الخ صريح فى ذلك وأما قول ابن وهبان فى تعليل المسألة لأنه لايكتب إلا ماله وعليه ، فمراده أن البياع ونحوه لايكتب فى دفتره شيئا على سبيل التجربة للخط أو اللغو واللعب بل لايكتب إلا ماله أو عليه ولا يلزم من هذا أن يعمل بكتابته فى الذى له كما لايخفى ، خلافا لمن فهم منه ذلك ويجب تقييده أيضا بما إذا كان دفتره محفوظا عنده : فلو كانت كتابته فيما عليه فى دفتر خصمه فالظاهر أنه لايعمل به خلافا لما بحثه ط لأن الخط مما يزور وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب ، لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه ، فلا يكون حجة عليه إذا أنكره أو ظهر ذلك بعد موته وأنكرته الورثة خلافا لمن حكم فى عصرنا بذلك لذمى ادعى على ورثة تاجر له كاتب ذمى ودفتر التاجر عند كاتبه الذمى فقد كنت أفتيت بأنه حكم باطل وكون المدعى والكاتب ذميين يقوى شبهة التزوير وإن الكتابة حصلت بعد موت التاجر وتمام الكلام فى كتابنا تنقيح الحامدية (قوله إن تيقن به) أى بأنه خط من يروى عنه فى الأول : وبأنه خط نفسه فى الأخيرين اه ح (قوله قيل وبه يفتى) قال فى خزانة الأكمل : أجاز أبو يوسف ومحمد العمل بالخط فى الشاهد والقاضى والراوى إذا رأى خطه ولم يتذكر الحادثة قال فى العيون : والفتوى على قولهما إذا تيقن أنه خطه سواء كان فى القضاء أو الرواية أو الشهادة على الصك ، وإن لم يكن الصك فى يد الشاهد ، لأن الغلط نادر وأثر التغيير يمكن الاطلاع عليه ، وقلما يشتبه الخط من كل وجه فإذا تيقن جاز الاعتماد عليه توسعة على الناس اه حموى لكن سيذكر الشارح فى الشهادات قبيل باب القبول مانصه ، وجوزاه لو فى حوزه وبه نأخذ بحر عن المبتغى اه وهذا ما اختاره المحقق ابن الهمام هناك وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى (قوله ولابد من مسافة الخ) فلو أقل لايقبل وفى نوادر هشام : إذا كان فى مصر واحد قاضيان جاز كتابة أحدهما إلى الآخر فى الأحكام جوهرة عن الينابيع وكذا كتابة القاضى إلى الأمير الذى ولاه وهو معه فى المصر كما مر أول الباب (قوله على الظاهر الخ) قال فى المنح هذا هو ظاهر الرواية ، وجوزها محمد وإن كانا فى مصر واحد.وعن أبى يوسف إن كان فى مكان لو عدا لأداء الشهادة يستطيع أن يبيت فى أهله صح الإشهاد والكتابة وفى السراجية وعليه الفتوى اه (قوله ويبطل الكتاب الخ)

قبل وصول الكتاب إلى الثانى أو بعد وصوله قبل القراءة) وأجازه الثانى (وأما بعدهما فلا) يبطل (و) يبطل (بجنون الكاتب وردته وحده لقذف وعمائه وفسقه بعد عدالته) لخروجه عن الأهلية وأجازه الثانى (و) كذا (بموت المكتوب إليه) وخروجه عن الأهلية (إلا إذا عمم بعد تخصيص) اسم المكتوب إليه (بخلاف ما لو عمم ابتداء) وجوزه الثانى (و) عليه العمل خلاصة (لا) يبطل (بموت الخصم) أيا كان لقيام وارثه أو وصيه مقامه.

قلت: وكذا لا يبطل بموت شاهد الأصل كما سيأتى متنا فى بابه خلافا لما وقع فى الخانية هنا فهو مخالف لما ذكره بنفسه ثمة فتنبه.

(و) اعلم أن (الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه) فى الأصح بحر فمن جوزه جوزها

هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به، وهو أن يكون القاضى الكاتب على قضائه نهر: أى لأنه بمنزلة الشهادة فبموت الأصل قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا ط عن العينى (قوله قبل وصول الكتاب الخ) لو اقتصر على قوله قبل القراءة لأغناه، ولذا قال فى الفتح العبارة الجيدة أن يقال: لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب شيئا اهـ (قوله فلا يبطل) أى فى ظاهر الرواية بحر (قوله ويبطل بجنون الكاتب الخ) فى الخانية وإن عزل القاضى الكاتب أو مات بعد ما وصل الكتاب إلى الآخر، فإنه يعمل به لأن الموت والعزل ليس بمخرج بخلاف ما إذا فسخ الكاتب أو عمى أو صار بحال لا يجوز حكمه وشهادته، فإن الآخر لا يقبل كتابه لأن كتاب القاضى بمنزلة الشهادة، فما يمنع القضاء بشهادته يمنع القضاء بكتابه اهـ وظاهره أنه يبطل بذلك ولو بعد وصوله مع أن الزيلعى صرح بأن ذلك كعزله ثم رأيت فى البحر ذكر أن بين كلاميهما مخالفة، ولم يجب عنها تأمل ورأيت فى البزازية مثل ما فى الخانية وفى الدرر مثل ما هنا فالظاهر أن فى المسألة قولين (قوله وعمائه) الأنسب وعماه بدون همز لأن العمى مقصور (قوله وفسقه) عبر عنه فى النهر بقيل وقال إنه بناء على عزله بالفسق ومثله فى الفتح (قوله وكذا بموت المكتوب إليه) لأن الكاتب لما خصه فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون فى ذلك فصح التعيين نهر (قوله إلا إذا عمم الخ) بأن قال إلى فلان قاضى بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، لأن غيره صار تبعا له فتح (قوله بخلاف ما لو عمم ابتداء) بأن قال إلى كل من يصل إليه كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم (قوله وجوزه الثانى) وكذا الشافعى وأحمد فتح (قوله وعليه العمل) قال الزيلعى: واستحسنه كثير من المشايخ فى الفتح، وهو الأوجه لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطا فبالعموم يعلم كما يعلم بالخصوص، وليس العموم من قبيل الإجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء نهر (قوله أيا كان) أى مدعيا أو مدعى عليه (قوله فى بابه) أى فى باب الشهادة على الشهادة ح (قوله خلافا لما وقع فى الخانية هنا) أى فى هذا الباب حيث قال: لو مات القاضى الكاتب أو عزل قبل وصول الكتاب بطل كتابه كشاهد الأصل إذا مات قبل أن يشهد الفرع على شهادة الأصل اهـ (قوله ثمة) أى هناك أى فى باب الشهادة على الشهادة حيث قال: الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا أن يكون المشهود على شهادته مريضا فى المصر أو يكون ميتا الخ وهذا هو الموافق للمتون.

مطلب فى قضاء القاضى بعلمه

(قوله فمن جوزه جوزها) وشرط جوازه عند الإمام أن يعلم فى حال قضائه فى المصر الذى هو قاضيه بحق غير حد خالص لله تعالى من قرض أو بيع أو غصب، أو تطليق أو قتل عمدا أو حد قذف، فلو علم قبل القضاء فى حقوق العباد: ثم ولى فرفعت إليه تلك الحادثة أو علمها فى حال قضائه فى غير مصره ثم دخله فرفعت لا يقضى

ومن لافلا إلا أن المعتمد عدم حكمه بعلمه فى زماننا أشباه وفيها الإمام يقضى بعلمه فى حد قذف وقود وتعزير :

قلت : فهل الإمام قيد كماقدمناه فى الحدود لم أره لكن فى شرح الوهبانية للشرنبلالى والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقا كما لايقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى كزنا وخمر مطلقا غير أنه يعزر من به أثر السكر للتهمة وعن الإمام إن علم القاضى فى طلاق وعتاق وغصب يثبت الحيلولة على وجه الحسبة لا القضاء (ولا يقبل) كتاب القاضى (من محكم بل من قاض مولى من قبل الإمام يملك) إقامة (الجمعة)

عنده ، وقالا : يقضى وكذا الخلاف لو علم بها وهو قاض في مصره ، ثم عزل ثم أعيد وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا فتح ملخصا . وبه علم أنه فى الحدود الخالصه لله تعالى لاينفذ كما صرح به فى شرح أدب القضاء معللا ، بأن كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فيه وغير القاضى إذا علم لايمكنه إقامة الحد فكذا هو ثم قال إلا فى السكران أو من به أمارة السكر ينبغى له أن يعزره للتهمة ولا يكون حدا اهـ (قوله ومن لافلا) قال فى الفتح إلا أن التفاوت هنا هو أن القاضى يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع (قوله إلا أن المعتمد)أى عند المتأخرين لفساد قضاة الزمان ، وعبارة الأشباه الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضى فى زماننا كما فى جامع الفصولين (قوله وفيها) أى فى الأشباه نقلا عن السراجية ، لكن فى منية المفتى الملخصة من السراجية التعبير بالقاضى لا بالإمام حيث قال القاضى يقضى بعلمه بحد القذف والقصاص والتعزير ، ثم قال قضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى لايجوز اهـ أفاده بعض المحشين ، وهذا موافق لما مر عن الفتح من الفرق بين الحد الخالص لله تعالى وبين غيره ففى الأول لايقضى اتفاقا بخلاف غيره فيجوز القضاء فيه بعلمه وهذا على قول المتقدمين ، وهو خلاف المفتى به كما علمت .

[تنبيه] ذكر فى النهر فى الكفالة بحثا أنه يجب أن يحمل الخلاف بين المتقدمين والمتأخرين على ما كان من حقوق العباد ، أما حقوق الله المحضة فيقضى فيها بعلمه اتفاقا ثم استدل لذلك بأن له التعزير بعلمه .

قلت: ولا يخفى أنه خطأ صريح مخالف لصريح كلامهم كما علمت . وأما التعزير فليس بحد كما أسمعناك من عبارة شرح أدب القضاء وأيضا فهو ليس بقضاء (قوله فهل الإمام قيد) أقول على فرض ثبوته فى عبارة السراجية ليس بقيد لما علمت من عبارة الفتح المصرحة بجواز قضاء القاضى بعلمه فى قتل عمد أو حد قذف لكونه من حقوق العباد . (قوله لكن الخ) استدراك على مانقله ثانيا عن الأشباه بأنه مبنى على خلاف المختار ، أو على قوله فهل الإمام قيد فإن قول الشرنبلالى لايقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى يعنى اتفاقا يفهم منه أنه يقضى بعلمه فى غيرها كحد قذف وقود وتعزير على قول المتقدمين ، وهو خلاف المختار فيكون ذكر الإمام غير قيد فافهم (قوله مطلقا) أى سواء كان علمه بعد توليته أو قبلها ح أو سواء كان حدا غير خالص لله تعالى، أوقودا أو غيرهما من حقوق العباد (قوله وخمر مطلقا) أى سواء سكر منه أولا (قوله للتهمة) أى إذا علم القاضى بأنه سكران له تعزيره لأن القاضى له تعزير المتهم وإن لم يثبت عليه كما مر تحريره فى الكفالة (قوله يثبت الحيلولة) أى بأن يأمر بأن يحال بين المطلق وزوجته والمعتق وأمته أو عبده والغاصب وماغصبه بأن يجعله تحت يد أمين إلى أن يثبت ماعلمه القاضى بوجه شرعى (قوله على وجه الحسبة) أى الاحتساب وطلب الثواب لئلا يطأها الزوج أو السيد أو الغاصب (قوله لا القضاء) أى لا على طريق الحكم بالطلاق أو العتاق أو الغصب (قوله ولا يقبل كتاب القاضى) الأولى حذف القاضى ، لأن المحكم ليس قاضيا إلا أن يراد به مايشمل المولى من السلطان وغيره (قوله بل من قاض مولى الخ) أفاد أن هذا شرط فى الكاتب فقط قال فى المنح : فلا تقبل من قاضى رستاق إلى قاضى مصر ، وإنما تقبل من قاضى مصر إلى قاضى مصر آخر أو إلى قاضى رستاق (قوله يملك إقامة الجمعة) الظاهر أن هذا غير قيد ، ولا سيما

وقيل يقبل من قاضى رستاق إلى قاضى مصر أو رستاق واعتمده المصنف والكمال (كتب كتابا إلى من يصل إليه من قضاة المسلمين فوصل إلى قاض ولى بعد كتابة هذا المكتوب لايقبل) لعدم ولايته وقت الخطاب جواهر الفتاوى وفيها لو جعل الخطاب للمكتوب إليه ليس لنائبه أن يقبله (والمرأة تقضى فى غير حد وقود وإن أثم المولى لها) الخبر البخارى «لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة» (وتصلح ناظرة) لوقف (ووصية) ليتيم (وشاهدة) فتح فتصح تقريرها فى النظر والشهادة فى الأوقاف ولو بلا شرط واقف بحر قال : وقد أفتيت فيمن شرط الشهادة فى وقفه لفلان ثم لولده فمات وترك بنتا أنها تستحق وظيفة الشهادة وفى الأشباه من أحكام الأنثى

في زماننا لأن السلطان لايأذن للقاضى بها ، والظاهر أن مراده الإشارة إلى أن المراد قاضى المصر التى تقام فيها الجمعة تأمل وفى المنح عن السراجية ، وإنما تقبل كتب قضاة الأمصار التى تقام فيها الحدود وينفذ فيها حكم الحكام إلا فيما لاخطر له شرعا لأن الولاية لاتثبت إلا فى محل قابل للولاية لمن هو أهل له (قوله وقيل يقبل الخ) الظاهر أن الخلاف مبنى على الخلاف فى أن المصر هل هو شرط لنفاذ القضاء أم لا ، فحكوا عن ظاهر الرواية أنه شرط وعن رواية النوادر أنه ليس بشرط وبه يفتى كما فى البزازية فعلى هذا يفتى بقبوله من قاضى رستاق إلى قاضى مصر أو رستاق منح ومثله فى شرح المقدسى ، ورأيت بخط بعض الفضلاء أن ماذكر من ابتناء الخلاف على الخلاف الآخر مصرح به فى البزازية (قوله واعتمده المصنف والكمال) قدعلمت كلام المصنف ، وأما الكمال فقد قال : والذى ينبغى أنه بعد عدالة شهود الأصل والكتاب لافرق أى بين كونه من قاضى مصر أو غيره (قوله إلى من يصل إليه الخ) أى بناء على قول الثانى بجواز التعميم ابتداء كما مر (قوله لعدم ولايته وقت الخطاب) أى لأنه خطاب والخطاب إنما يصح إذا كان له ولاية وقته منح (قوله ليس لنائبه أن يقبله) لأنه قد كتب إلى غيره ولو جعل الخطاب إلى النائب وسماه باسمه ليس للمنيب أن يقبله ، لأنه لايقبل الكتاب إلا المكتوب إليه (قوله فى غير حد وقود) لأنها لاتصلح شهادة فيهما فلا تصلح حاكمة .

مطلب فى جعل المرأة شاهدة فى الوقف

(قوله ولو بلاشرط واقف) أما إذا شرط الواقف فلاشك فيه لأنها أهل للشهادة وأما بدون شرطه الناص عليها كما فى صورة الحادثة التى ذكرها ففيه نزاع فقد رده فى النهر بأن قوله ثم اولده لايشمل الأنثى ، لأن عرف الواقفين مراعى ، ولم يتفق تقرير أنثى شاهدة فى وقف فى زمن مافيما علمنا فوجب صرف ألفاظه إلى ماتعارفوه وهو الشاهد الكامل إلى آخر كلامه ، ونقل الحموى مثله عن المقدسى ، ثم نقل عن بعضهم أن هذا لايمنع كونها أهلا للشهادة وقول الأصحاب بجواز شهادتها وقضائها فى غير حد وقود صريح فى صحة تقريرها فى الأوقاف اه .

قلت : لايخفى مافيه فإن الكلام ليس فى أهليتها بل فى دخولها فى كلام الواقف المبنى على المتعارف .

مطلب لايصح تقرير المرأة فى وظيفة الإمامة

[تنبيه] وأما تقريرها فى نحو وظيفة الإمام ، فلا شك فى عدم صحته لعدم أهليتها خلافا لما زعمه بعض الجهلة إنه يصح وتستنيب ، لأن صحة التقرير يعتمد وجود الأهلية ، وجواز الاستنابة فرع صحة التقرير اه ، أبو السعود .

مطلب لايصح تولية السلطان مدرسا ليس بأهل

وفى الأشباه : إذا ولى السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته لأن فعله مقيد بالمصلحة ولامصلحة فى تولية

اختار فى المسايرة جواز كونها لبية لارسولة لبناء حالهن على الستر (ولو قضت فى حد وقود فرفع إلى قاض آخر) يرى جوازه (فأمضاه ليس لغيره إبطاله) لخلاف شريح عينى والخنثى كالأنثى بحر:

واعلم أنه إذا وقع للقاضى حادثة أو لولده فأناب غيره و (قضى نائب القاضى له أو لولده جاز) قضاؤه (كما لو قضى للإمام الذى قلده القضاء أو لولد الإمام) سراجية وفى البزازية كل من تقبل شهادته له وعليه يصح قضاؤه له وعليه اه خلافا للجواهر والملتقط فليحفظ (ويقضى النائب بما شهدوا به عند الأصل وعكسه) وهو قضاء الأصل بما شهدوا به عند النائب فيجوز للقاضى أن يقضى بتلك الشهادة باخبار النائب وعكسه خلاصة:

غير الأهل، وإذا عزل الأهل لم ينعزل وفى [معيد النعم، ومبيد النقم] المدرس إذا لم يكن صالحا للتدريس لم يحل له تناول المعلوم اه والذى يظهر فى تعريف أهلية التدريس أنها بمعرفة منطوق الكلام، ومفهومه وبمعرفة المفاهيم، وأن يكون له سابقة اشتغال على المشايخ، بحيث صار يعرف الاصطلاحات، ويقدر على أخذ المسائل من الكتب وأن يكون له قدرة على أن يسأل ويجيب إذا سئل ويتوقف ذلك على سابقة اشتغال فى النحو والصرف بحيث صار يعرف الفاعل من المفعول وغير ذلك، وإذا قرأ لايلحن وإذا قرأ لاحن بحضرته رد عليه اه، مختصرا ط:

مطلب فى توجيه الوظائف للابن ولو صغيرا

قلت: ومقتضاه أنه إذا مات الإمام أو المدرس لايصح توجيه وظيفته على ابنه الصغير وقدمنا فى الجهاد فى آخر فصل الجزية عن العلامة البيرى بعد كلام نقله إلى أن قال أقول هذا مؤيد لما هو عرف الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير نكير من إبقاء أبناء الميت ولو كانوا صغارا على وظائف آبائهم من إمامة وخطابة وغير ذلك عرفا مرضيا لأن فيه إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد فى الاشتغال بالعلم وقد أفتى بجواز ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يعول على إفتائهم اه وقيدنا ذلك هناك بما إذا اشتغل الابن بالعلم أما لو تركه وكبر وهو جاهل، فإنه يعزل وتعطى الوظيفة للأهل لفوات العلة، وقدمنا فى الوقف أنه لايصح جعل الصبى الصغير ناظرا على وقف فراجع ماحررناه فى الموضعين (قوله اختار) أى الكمال فى المسايرة هى رسالة فى علم الكلام ساير بها عقيدة الغزالى ط (قوله لبناء حالهن على الستر) أى والرسول يحتاج إلى مخالطة الذكور بالتعليم وإقامة الحجج عليهم وغير ذلك مما لايكون إلا من الذكور والجواز لايقتضى الوقوع قال فى بدء الأمالى، وما كانت نبيا قط أنثى، ط (قوله يرى جوازه) قيد به لأن نفس القضاء إذا كان مختلفا فيه لاينفذ مالم ينفذه قاض آخر يرى جوازه، فحينئذ إذا رفع إلى من لايراه نفذه بخلاف ما إذا كان الخلاف فى طريق القضاء لا فى نفسه، فإنه ينفذ على المخالف بدون تنفيذ آخر كما حررناه سابقا ولذا قال العينى: ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض آخر يرى جوازه جاز بالإجماع، لأن نفس القضاء مجتهد فيه فإن شريحا كان يجوز شهادة النساء مع رجل فى الحدود والقصاص وقال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير: ولو قضى القاضى فى الحدود بشهادة رجل وامرأتين نفذ قضاؤه وليس لغيره إبطاله لأنه قضى فى فصل مجتهد فيه وليس نفس القضاء هنا مختلفا فيه اه أى بخلاف قضاء المرأة فى الحدود فإن المجتهد فيه نفس القضاء (قوله والخنثى كالأنثى) أى فيصح قضاؤه فى غير حد وقود بالأولى وينبغى أن لا يصح فى الحدود والقصاص لشبهة الأنوثة بحر (قوله أو لولده) أى ونحوه من كل من لاتقبل شهادته له كما يعلم مما يأتى (قوله فأناب غيره) أى وكان من أهل الإنابة بحر عن السراجية أى بأن كان مأذونا له بالإنابة (قوله كما لو قضى) أى القاضى (قوله خلافا للجواهر) حيث قال فيها

[فروع] لايقضى القاضى لمن لاتقبل شهادته له إلا إذا ورد عليه كتاب قاض لمن لاتقبل شهادته له فيجوز قضاؤه به أشباه وفيها لايقضى لنفسه ولا اولده إلا فى الوصية وحرر الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية صحة قضاء القاضى لأم امرأته ولامرأة أبيه ولو فى حياة امرأته وأبيه وأنه يقضى فيما هو تحت نظره من الأوقاف وزاد بيتين فقال :

ويقضى لأم العرس حال حياتها | وعرس أبيه وهو حى محرر
وبعد وفاة إن خلاعن نصيبه | بميراث مقضى به فتبصروا
ويقضى بوقف مستحق لريعه | لوصف القضا والعلم أو كان ينظر

القاضى إذا كانت له خصومة على إنسان فاستخلف خليفة فقضى له على خصمه لا ينفذ ، لأن قضاء نائبه كقضائه بنفسه وذلك غير جائز لما ذكر محمد أن من وكل رجلا بشىء ثم صار الوكيل قاضيا فقضى لموكله فى تلك الحادثة لم يجز ، لأنه قضى لمن ولاه ذلك ، فكذلك نائب هذا القاضى قال والوجه لمن ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذى ولاه أن يولى قاضيا آخر حتى يختصما إليه ، فيقضى أو يتحاكما إلى حاكم محكم ويتراضيا بقضائه فيقضى بينهما فيجوز اه .

قلت : ولعل هذا محمول على ما إذا لم يكن القاضى مأذونا له بالإنابة كما يدل عليه قوله والوجه الخ وإلا فلو كان مأذونا كان نائبه نائبا عن السلطان كما مر فى فصل الحبس ، فلا يحتاج إلى أن يطلب من السلطان تولية قاض آخر فلذا مشى المصنف هنا على الجواز وإن تردد فيه فى شرحه قبيل قوله ويرد هدية (قوله لايقضى القاضى الخ) فى الهندية لايجوز للقاضى أن يقضى لوكيله ولا لوكيل وكيله ولا لوكيل أبيه وإن علا أو ابنه وإن سفل ، ولا لعبده ولا لمكاتبه ولا لعبيد من لاتقبل شهادتهم له ولا لمكاتبهم ، ولا لشريكه مفاوضة أو عنانا فى مال هذه الشركة كذا فى المحيط ، وكل من لاتجوز شهادته كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة كذا فى شرح الطحاوى اه ملخصا . وفى معين الحكام مما يجرى مجرى القضاء الإفتاء فينبغى للمفتى الهروب من هذا متى قدر اه أى وكان هناك مفت غيره حموى ط :

قلت : والعلة فى ذلك التهمة (قوله إلا فى الوصية) صورتها مافى الأشباه لو كان القاضى غريم ميت ، فأثبت أن فلانا وصيه صح وبرىء بالدفع إليه بخلاف ما إذا دفع له قبل القضاء امتنع القضاء وبخلاف الوكالة عن غائب فإنه لايجوز القضاء بها إذا كان القاضى مديون الغائب سواء كان قبل الدفع أو بعده (قوله ولو فى حياة امرأته وأبيه) لكن بعد موتهما يقضى فيما لم يرث منه كما يأتى (قوله وزاد بيتين) أي زاد على نظم الوهبانية بيتين وهما الأولان أما الثالث فهو من زيادات شارحها ابن الشحنة نقله عنه الشرنبلالى فى شرحه (قوله لأم العرس) بكسر العين أى لأم زوجته (قوله محرر) خبر لمبتدإ محذوف أى هذا الحكم محرر ط (قوله بميراث) بدون تنوين للضرورة ولو قال من الإرث لكان أولى (قوله مقضى) بالرفع فاعل خلا قال الشرنبلالى فى شرحه فأم زوجته يصح لها القضاء بالمال وغيره حال حياة زوجته ، وبعد موت الزوجة يصح فيما لم يكن ميراثا له عن زوجته ، ولايصح فى الموروث لاستحقاق القاضى حصة منه بالميراث من زوجته وقضاؤه لزوجة أبيه كذلك فى حال حياة الأب يصح مطلقا وبعد موته يخص بما لا يرث منه القاضى كما إذا ادعت استحقاقا فى وقف يخصها اه . ولايخفى أن هذا أيضا مخصوص بما إذا كانت أم زوجته المقضى لها حية وإلا كان قضاء لزوجته فيما ترث منه (قوله ويقضى الخ) فاعله قوله مستحق قال الشرنبلالى صورتها : وقف على علماء كذا وسلم للمتولى فادعى فساد الوقف بسبب الشيوع عند قاض ومن أولئك العلماء نفذ قضاؤه ، وكذا يقضى فيما هو تحت نظره من الأوقاف قال ابن الشحنة وقولى لوصف القضاء والعلم ليخرج مالو كان استحقاقه لذاته لا لوصف وهذه المسألة نظير مسألة الشهادة على وقف لمدرسة هو مستحق وسيأتى فى كتاب الشهادات والله سبحانه أعلم .

هذه مسائل شتى

أى متفرقة وجاءواشتى أى متفرقين (يمنع صاحب سفل عليه علو) أى طبقة (لآخر من أن يتد) أى يدق الوتد (فى سفله) وهو البيت التحتانى (أو ينقب كوة) بفتح أوضم الطاقة وكذا بالعكس دعوى المجمع (بلا رضا الآخر) وهذا عنده وهو القياس بحر وقالا لكل فعل مالا يضر ولو انهدم السفل بلا صنع ربه لم يجبر على البناء لعدم التعدى ولذى العلو أن يبنى ثم يرجع بما أنفق إن بنى بإذنه أو إذن قاض وإلا فبقيمة البناء يوم بنى وتمامه فى العينى

هذه مسائل شتى

قدر الشارح لفظ هذه إشارة إلى أن مسائل خبر مبتدأ محذوف وشتى صفة لمسائل (قوله أى متفرقة) ومنه قوله تعالى -إن سعيكم لشتى- أى لمختلف فى الجزاء وتمامه فى البحر (قوله سفل) بكسر السين وضمها ضد العلو بضم العين وكسرها مع سكون اللام فيهما ط عن الحموى (قوله من أن يتد) أصله يوتد حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة من باب ضرب والوتد كما فى البحر عن البناية كالخازوق القطعة من الخشب أو الحديد يدق فى الحائط ليعلق عليه شىء أو يربط به : وفى البحر أيضا : وأشار المصنف إلى منعه من فتح الباب ووضع الجذوع وهدم سفله وقيد بالتصرف فى الجدار احترازا عن تصرفه فى ساحة السفل فذكر قاضيخان لو حفر صاحب السفل فى ساحته بئرا وما أشبهه له ذلك عنده ، وإن تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلوم بعلة الضرر اهـ (قوله بفتح أوضم) أى مع تشديد الواو ويجمع الأول على كوات كحبة وحبات والثانى على كواء بالمد والقصر كمدية ومدى ط والكوة ثقب البيت وتستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول بحر عن المغرب ، والمراد بها مايفتح فى حائط البيت لأجل الضوء أو ماتخرق فيه بلا نفاذ لأجل وضع متاع ونحوه (قوله الطاقة) تفسير للكوة لكن فى القاموس الطاق ما عطف من الأبنية ولم أر من ذكره فى اللغة بالتاء تأمل (قوله وكذا بالعكس الخ) أى كما يمنع ذو السفل يمنع ذو العلو وعبارة المجمع وكل من صاحب علو وسفل ممنوع من التصرف فيه إلا بإذن الآخر وأجازه إن لم يضر به وفى العينى ، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على العلو شيئا أو بيتا أو يضع عليه جذوعا أو يحدث كنيفا اهـ ، وكذا جعله فى الهداية على الخلاف لكن فى البحر عن قسمة الولوالجية اختلف المشايخ على قوله فقيل له أن يبنى مابداله مالم يضر بالسفل وقيل وإن أضر والمختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا يملك وإذا علم أنه لا يضر يملك (قوله وقالا الخ) قال فى الفتح قيل ماحكى عنهما تفسير لقول الإمام لأنه إنما يمنع مافيه ضرر ظاهر لا مالا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بينهما خلاف وهو مافيه شك فما لا شك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا ومافيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغى أن يمنع اتفاقا ومايشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار أو السقف فعندهما لا يمنع وعنده يمنع اهـ وفى قسمة المنية أن المختار أن الخلاف فيما إذا أشكل فعنده يمنع وعندهما لا اهـ وكذا يأتى فى كلام الشارح قريبا أنه المختار للفتوى :

مطلب فيما لو انهدم المشترك وأراد أحدهما البناء وأبى الآخر

(قوله ولو انهدم السفل الخ) أى بنفسه وأما لو هدمه فقد قال فى الفتح : وعلمت أنه ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه ، لأنه تعدى على حق صاحب العلو . وهو قرار العلو (قوله وتمامه فى العينى) حيث قال بخلاف الدار المشتركة إذا انهدمت فبناها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع ، لأنه متبرع إذ هو ليس بمضطر لأنه يمكنه أن يقسم عرصتها ، ويبنى فى نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك ، حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع ، وعلى هذا إذا انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لأنه مضطر إذ لا يمكنه قسمة بعضه ، ولو انهدم كله فعلى التفصيل

: :

الذى ذكرناه اه أى إن أمكنه قسمة العرصة ليبنى فى نصيبه لايكون مضطرا وإلا كان مضطرا :

والحاصل أنه إذا انهدم كل الدار والحمام فإن كان يمكنه قسمة العرصة تبنى فى نصيبه لايكون مضطرا فلو عمر بدون إذن شريكه يكون متبرعا والظاهر أن المراد ما إذا أمكنه إعادة العرصة دارا أوحماما كما كانت لامطلق البناء وإن كان لايمكن قسمة العرصة فهو مضطر وإن انهدم بعض الحمام أو بعض الدار فهو مضطر أيضا ، والظاهر أن المراد ما إذا كانت الدار صغيرة أما إذا كانت كبيرة يمكن قسمتها ، فإنه يقسمها فإن خرج المنهدم فى نصيبه بناه أو فى نصيب شريكه يفعل به شريكه ما أراد :

[تنبيه] قال فى البحر : وذكر الحلوانى ضابطا فقال كل من أجبر أن يفعل مع شريكه ، فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لم يرجع لأنه متطوع إذ كان يمكنه أن يجبر مثل كرى الأنهار وإصلاح السفينة المعيبة وفداء العبد الجانى وإن لم يجبر لايكون متطوعا كمسألة انهدام العلو والسفل اه ومن ذلك لو أنفق على الدابة بلا إذن شريكه لم يرجع لتمكنه من رفعه إلى القاضى ليجبر بخلاف الزرع المشترك ، فإنه يرجع لأنه لايجبر شريكه كما فى المحيط فكان مضطرا اه وتمام ذلك فيه وذكر قبله أن صاحب العلو إن بنى السفل بأمر القاضى رجع بما أنفق وإلا فبقيمة البناء به يفتى ، والصحيح أن المعتبر فى الرجوع قيمة البناء يوم البناء لايوم الرجوع :

قلت : وقد تلخص من هذا الأصل ومما قبله أنه إن لم يضطر بأن أمكنه القسمة فعمر بلا أمر فهو متبرع وإلا فإن كان شريكه يجبر على العمل معه ككرى النهر ونحوه فكذلك وإن كان شريكه لايجبر كمسألة السفل لايكون متبرعا بل يرجع بما أنفق إن بنى بأمر القاضى ، وإلا فبقيمة البناء يوم البناء وقد وقع فى هذه المسألة اضطراب كثير وقدمنا تمام الكلام عليها آخر الشركة وكنت نظمت ذلك بقولى :

وإن يعمر الشريك المشترك	بدون إذن للرجوع ماملك
إن لم يكن لذاك مضطرا بأن	أمكنه قسمة ذلك السكن
أما إذا اضطر لذا وكان من	أبى على التعمير يجبر فإن
بإذنه أو إذن قاض يرجع	وفعله بدون ذا تبرع
ثم إذا اضطر ولا جبر كما	فى السفل والجدار يرجع بما
أنفقه إن كان بالإذن بنى	لذا وإلا فبقيمة البنا

ثم اعلم أن صاحب العلو إذا بنى السفل ، فله أن يمنع صاحب السفل من السكنى حتى يدفع إليه لكونه مضطرا وكذا حائط بين اثنين لهما عليه خشب فبنى أحدهما فله منع الآخر من وضع الخشب حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا كما فى البحر وفيه عن جامع الفصولين لكل من صاحب السفل والعلو حق فى ملك الآخر لذى العلو حق قراره ولذى السفل حق دفع للمطر والشمس عن السفل اه ثم نقل عنه أيضا لو هدم ذو السفل سفله وذو العلو علوه أخذ ذو السفل ببناء سفله إذ فوت عليه حقا الحق بالملك فيضمن كما لو فوت عليه ملكا اه قال فى البحر وظاهره أنه لاجبر على ذى العلو وظاهر الفتح خلافه وهو محمول على ما إذا بنى ذو السفل سفله وطلب من ذى العلو بناء علوه فإنه يجبر اه أى لأن فرض المسألة أنه هدم علوه فيجبر على بنائه بعدما بنى ذو السفل سفله لاقبله وإنما أجبر لأن لذى السفل حقا فى العلو كما علمت وأما لو انهدم العلو بلا صنعه فلا يجبر لعدم تعديه كما ذكره الشارح فيما لو انهدم السفل وفى البحر عن الذخيرة سقف السفل وجذوعه وهراديه وبواريه وطينه لذى السفل قال : ذكر الطرسوسى أن المرادى ما يوضع فوق السقف من قصب أو عريش اه :

(زائغة مستطيلة) أى سكة طويلة (يتشعب عنها) سكة (مثلها) لكن (غير نافذة) إلى محل آخر (يمنع أهل الأولى عن فتح باب) للمرور لا للاستضاءة والريح عينى

قلت : لكن فى المغرب عن الليث الهردية قضبان تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم اه فهى التى تسمى فى عرفنا سقالة. هذا وذكر فى الخيرية أن تطيين مسقف السفل لا يجب على واحد منهما ، أما ذو العلو فلعدم وجوب إصلاح ملك الغير عليه وإن تلف الطين بالسكن المأذون فيه شرعا إلا إذا تعدى بإزالته فيضمنه ، وأما ذو السفل فلعدم إجباره على إصلاح ملكه فإن شاء طينه ورفع ضرره وكف الماء عنه وإن شاء تحمل ضرره .

[تتمة] فى البحر عن جامع الفصولين جدار بينهما ، ولكل منهما حمولة فوهى الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ، ينبغى أن يقول مريد الإصلاح للآخر ارفع حمولتك بأسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه فى وقت كذا وأشهد على ذلك ، فلو فعله وإلا فله رفع الجدار فلو سقطت حمولته لم يضمن اه :

قلت : والظاهر أن مثله ما إذا احتاج السفل إلى العمارة فتعليق العلو على صاحبه وهذه فائدة حسنة لم أجد من نبه عليها (قوله زائغة مستطيلة) وفى الهذيب : الزائغة الطريق الذى حاد عن الطريق الأعظم اه من زاغت الشمس إذا مالت والمستطيلة الطويلة من استطال بمعنى طال أفاد فى البحر (قوله مثلها) أى طويلة احترازا عن المستديرة كما يأتى (قوله لكن غير نافذة) أفاد أن الأولى نافذة وقد قال فى البحر أطلقها أى الأولى تبعا لأكثر الكتب ، وقيدها فى النهاية تبعا للفقيه أبى الليث والتمرتاشى بغير النافذة ويمكن حمل كلامه عليه لقوله مثلها غير نافذة اه أى بناء على أن غير نافذة بيان لوجه المماثلة ، وفيه نظر بل المتبادر أن المماثلة فى الطول وغير نافذة حال لبيان قيد زائد فيها على الأولى ، وإلا لزم أن لا تكون الثانية مقيدة بكونها طويلة ، فيشمل المستديرة ، وهو غير صحيح واستظهر الخير الرملى إطلاق الأولى إذ لا عبرة بكونها نافذة أو غير نافذة لامتناع مرور أهلها فى الثانية مطلقا بخلاف المنشعبة كما يأتى :

قلت : لكن فى بعض الصور يظهر الفرق فى الأولى بين النافذة وغيرها كما تعرفه (قوله إلى محل آخر) متعلق بنافذة والمراد به الطريق العام أو ما يتوصل منه إليه احترازا عن النافذة إلى سكة أخرى غير نافذة .

مطلب فى فتح باب آخر للدار

(قوله عن فتح باب للمرور) قال فى فتح القدير قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لأن له رفع كل جداره فكذا له رفع بعضه والأصح أنه يمنع من الفتح لأنه منصوص عليه فى الرواية بنص محمد فى الجامع ولأن المنع بعد الفتح لا يمكن إذ تمكن(١) مراقبته ليلا ونهارا فى الخروج ليخرج ولأنه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا فى المرور ويستدل عليه بتركيب الباب اه (قوله لا للاستضاءة والريح) قال العينى بعد حكاية القولين المذكورين ولكن هذا فيما إذا أراد بفتح الباب المرور فإنه يمنع استحسانا وإذا أراد به الاستضاءة والريح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقله فخر الإسلام عن الفقيه أبى جعفر اه :

---

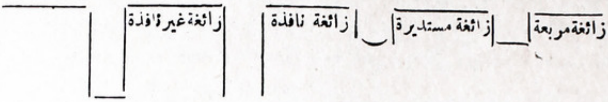
(١) قوله (إذ تمكن) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ولعل الصواب إذ لا تمكن تأمل اه مصححه

(فى القصوى) الغير النافذة على الصحيح إذ لاحق لهم فى المرور بخلاف النافذة (وفى زائغة مستديرة لزق) أى اتصل (طرفاها) أى نهاية سعة اعوجاجها بالمستطيلة (لا) يمنع لأنها كساحة مشتركة فى دار بخلاف مالو كانت مربعة فإنها كسكة فى سكة ولذا يمكنهم نصب البوارق ابن كمال بهذه الصورة :

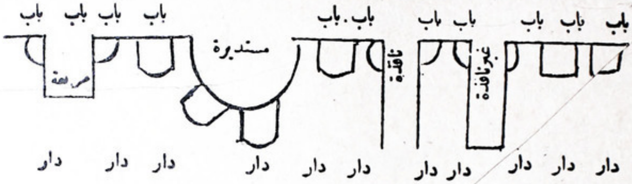
قلت : هذا إذا كان الباب عاليا لا يصلح للمرور كما يدل عليه التعليل المار وإلا كان قول بعض المشايخ بعينه وهو خلاف الأصح فعلم أن المراد غيره وهو مسألة الطاقة الآتية فافهم (قوله فى القصوى) أى البعدى وهى المتشعبة من الأولى الغير النافذة أما النافذة فلا منع من الفتح فيها لأن لكل أحد حق المرور فيها (قوله على الصحيح) مقابله ما قدمناه آنفا من القول بأنه لا يمنع من الفتح بل من المرور (قوله إذ لاحق لهم فى المرور) أى لاحق لأهل الزائغة الأولى فى المرور فى الزائغة القصوى ، بل هو لأهلها على الخصوص ، ولذا لو بيعت دار فى القصوى لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها كذا فى الفتح : أى لا شفعة لهم بحق الشركة فى الطريق إذ لو كان جارا ملاصقا كان له الشفعة شرنبلالية ثم قال فى الفتح بخلاف أهل القصوى ، فإن لأحدهم أن يفتح بابا فى الأولى لأن له حق المرور فيها اه.

قال العلامة المقدسى : هذا إذا فتح فى جانب يدخل منه إليها ، أما فى الجانب الآخر غير النافذ فلا اه وفيه فائدة حسنة يفيدها التعليل أيضا ، وهى أن الزائغة الأولى إذا كانت غير نافذة وأراد واحد من أهل القصوى فتح باب فى الأولى له ذلك إن كانت داره متصلة بركن الأولى ، وكانت من جانب الدخول إلى القصوى ، أما لو كانت من الجانب الثانى فلا إذ لا حق له فى المرور فى الجانب الثانى ، بخلاف ما إذا كانت الأولى نافذة فإن له المرور من الجانبين ، فيكون له فتح الباب من الجانب الثانى أيضا ، وبه يظهر الفرق بين كون الأولى نافذة أولا خلافا لما مر عن الرملى ، والظاهر أن كلام الفتح مبنى على كون الأولى نافذة وإن حمل على أنها غير نافذة يدعى تخصيصه بغير الصورة المذكورة .

[تنبيه] يعلم مما هنا أنه لو أراد فتح باب أسفل من بابه والسكة غير نافذة يمنع منه وقيل لا وفى كل من القولين اختلاف التصحيح والفتوى قال فى الخيرية والمتون على المنع فليكن المعول عليه (قوله وفى زائغة مستديرة) محترز قوله يتشعب عنها مثلها ، فإن المراد بها الطويلة ويقابلها المستديرة وفى حاشية الوانى على الدرر هذا إذا كانت أى المستديرة مثل نصف دائرة أو أقل ، حتى لو كانت أكثر من ذلك لا يفتح فيها الباب والفرق أن الأولى تصير ساحة مشتركة بخلاف الثانية فإنه إذا كان داخلها أو سع من مدخلها يصير موضعا آخر غير تابع للأول كذا قيل اه وقائله صدر الشريعة ومنلامسكين ورده ابن كمال (قوله لأنها كساحة الخ) قال فى الفتح : لأن لكل حق المرور إذ هى ساحة مشتركة غاية الأمر أن فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون فى الشفعة إذا بيعت دار منها اه (قوله ولذا يمكنهم نصب البوابة) لم أرها عندى من كتب اللغة لفظ البوابة وهى فى عرف الناس اليوم اسم للباب الكبير الذى ينصب فى رأس السكة أو المحلة مثلا وعبارة ابن كمال عن الحلوانى ولذا يمكنهم نصب الدرب ، وفى القاموس ، الدرب باب السكة الواسع والباب الأكبر جمعه دراب (قوله بهذه الصورة) اختلفت النسخ فى كيفية رقمها ولنصورها بصورة جامعة للمستطيلة المتشعب عنها مستطيلة مثلها نافذة وغير نافذة ومستديرة ومربعة هكذا :



(ولا يمنع الشخص من تصرفه فى ملكه إلا إذا كان الضرر) بجاره ضررا



فالدار الثالثة التى فى ركن المتشعبة الغير النافذة لو كان بابها فى الطويلة يمنع صاحبها عن فتح الباب فى المتشعبة الغير النافذة لأنه ليس له حق المرور فيها ولو كان بابها فى المتشعبة لايمنع من فتح باب فى الأولى الطويلة وأما الدار الرابعة التى فى الركن الثانى لو كان بابها فى الطويلة يمنع من فتحه فى المتشعبة المذكورة ، وكذا لو كان فى المتشعبة يمنع من فتحه فى الطويلة لأنه ليس له حق المرور فى ذلك الجانب لكن هذا إذا كانت الطويلة غير نافذة بخلاف النافذة لأن له حق المرور حينئذ من الجانبين كما قلنا فيما مر . وأما الدار الخامسة التى فى الركن الأول من المتشعبة الثانية النافذة فلصاحبها فتح باب فيها وفى الطويلة بخلاف الدار السادسة التى فى الركن الثانى من المتشعبة المذكورة فإنه لوكان بابه فيها يمنع من الفتح فى الطويلة لو غير نافذة لا لو نافذة لما علمت :

مطلب اقتسموا دارا وأراد كل منهم فتح باب لهم ذلك

[تتمة] فى منية المفتى من كتاب القسمة دار فى سكة غير نافذة بين جماعة اقتسموها وأراد كل منهم فتح باب وحده ليس لأهل السكة منعهم .

قلت : ينبغى تقييده بما إذا أرادوا فتح الأبواب فيما قبل الباب القديم لا فيما بعده كما قدمناه آنفا عن الخيرية من التعويل على ما فى المتون نعم على القول الثانى المصحح أيضا لا تفصيل ثم قال فى المنية دار لرجل بابها فى سكة غير نافذة فاشترى بجنبها دارا بابها فى سكة أخرى له فتح باب لها فى داره الأولى لا فى السكة الأولى وبه أفتى أبو جعفر وأبو الليث وقال أبو نصير له ذلك لأن أهل السكة شركاء فيها بدليل ثبوت حق الشفعة للكل اهـ ملخصا .

قلت : الظاهر أنه مبنى على الخلاف السابق والله تعالى أعلم (قوله ولا يمنع الشخص الخ) هذه القاعدة تخالف المسألة التى قبلها فإن المنع فيها من تصرف ذى السفل مطلق عن التقييد بكونه مضرا ضررا بينا أولى وهنا المنع مقيد بالضرر البين ولا سيما على ظاهر الرواية الآتى من أنه لايمنع مطلقا نعم على ما قدمنا من أن المختار المنع فى الضرر البين والمشكل تندفع المخالفة على مامشى عليه المصنف هنا. وقد يجاب بأن المسألة المتقدمة ليست من فروع هذه القاعدة فإن ما هنا فى تصرف الشخص فى خالص ملكه الذى لاحق للجار فيه ومامر فى تصرفه فيما فيه حق للجار ، فإن السفل وإن كان ملكا لصاحبه إلا أن لذى العلو حقا فيه فلذا أطلق المنع فيه ولذا لو هدم ذو السفل

(بينا) فيمنع من ذلك وعليه الفتوى بزازية ، واختاره فى العمادية وأفتى به قارىء الهداية ، حتى يمنع الجار من فتح الطاقة ، وهذا جواب المشايخ استحسانا ، وجواب ظاهر الرواية عدم المنع مطلقا وبه أفتى طائفة ، فالإمام ظهير الدين وابن الشحنة ووالده ورجحه فى الفتح وفى قسمة المجتبى وبه يفتى ، واعتمده المصنف ثمة فقال : وقد اختلف الإفتاء ، وينبغى أن يعوّل على ظاهر الرواية اه :

قلت : وحيث تعارض متنه وشرحه فالعمل على المتون كما تقرر مرارا فتدبر :

قلت : وبقى مالو أشكل هل يضر أم لا ، وقد حرر محشى الأشباه المنع

سفله يؤمر بإعادته بخلاف ما هنا هذا ماظهر لى فاغتنمه (قوله بينا) أى ظاهرا ويأتى بيانه قريبا (قوله واختاره فى العمادية) حيث قال كما فى جامع الفصولين والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع منه ولو أضر بغيره لكن ترك القياس فى محل يضر بغيره ضررا بينا وقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه :

قلت : قوله وقيل بالمنع عطف تفسير على قوله ترك القياس فليس قولا ثالثا ، ثم وقع فى الخيرية : وقيل بالمنع مطلقا الخ ، ومقتضاه أنه قول ثالث بالمنع سواء كان الضرر بينا أولا لكن عزا فى الخيرية ذلك إلى التتارخانية والعمادية وليس ذلك فى العمادية كما رأيت ، فالظاهر أن لفظ مطلقا سبق قلم ؛ ويدل عليه قوله فى الفتح : والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقا لأنه متصرف فى خالص ملكه لكن ترك القياس فى موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضررا فاحشا وهو المراد بالبين وهو ما يكون سببا للهدم ، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو مايمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية واختاروا الفتوى عليه فأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب انتفاع الإنسان بملكه كما ذكرنا قريبا اه ملخصا فانظر كيف جعل المفتى به القياس الذى يكون فيه الضرر بينا لا مطلقا ، وإلا لزم أنه لو كانت له شجرة مملوكة يستظل بها جاره وأراد قطعها أن يمنع لتضرر الجار به كما قرره فى الفتح قبله :

قلت : وأفتى المولى أبو السعود أن سد الضوء بالكلية ما يكون ما نعا من الكتابة ، فعلى هذا لو كان للمكان كوتان مثلا فسد الجار ضوءا إحداهما بالكلية لا يمنع إذا كان يمكن الكتابة بضوء الأخرى ، والظاهر أن ضوء الباب لا يعتبر لأنه يحتاج لغلقه لبرد ونحوه كما حررته فى تنقيح الحامدية : وفى البحر : وذكر الرازى فى كتاب الاستحسان لو أراد أن يبنى فى داره تنورا للخبز الدائم كما يكون فى الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز لأنه يضر بجيرانه ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه فإنه يأتى منه الدخان الكثير ، والرحى والدق يوهن البناء ، بخلاف الحمام لأنه لا يضر إلا بالنداوة ويمكن التحرز عنه بأن يبنى حائطا بينه وبين جاره ، وبخلاف التنور المعتاد فى البيوت اه وصحح النسفى فى الحمام أن الضرر لو فاحشا يمنع وإلا فلا ، وتمامه فيه (قوله حتى يمنع الجار من فتح الطاقة) أى يكون فيها ضرر بين بقرينة ما قبله وهو ما أفتى به قارىء الهداية لما سئل هل يمنع الجار أن يفتح كوة يشرف منها على جاره وعياله ؟ فأجاب بأنه يمنع من ذلك اه : وفى المنح عن المضمرات شرح القدورى : إذا كانت الكوة للنظر وكانت الساحة محل الجلوس للنساء يمنع وعليه الفتوى اه. قال الخير الرملى : وأقول لافرق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما (قوله ورجحه فى الفتح) حيث قال والوجه لظاهر الرواية (قوله ثمة) أى فى كتاب القسمة فى المنح (قوله فالعمل على المتون) قد يقال : إن هذا لايقال فى كل متن مع شرح بل هذا فى نحو المتون القديمة ط أى وهذه المسألة ليست من مسائل(1) ويظهر من كلام

---

(1) قوله (من مسائل) هكذا بخطه ، ولعل فيه سقطا والأصل من مسائلها أى المتون القديمة أو نحو ذلك وليحرر اه مصححه .

قياسا على مسألة السفل والعلو أنه لايتدإذا أضر وكذا إن أشكل على المختار للفتوى كما فى الخانية ، قال المحشى فكذا تصرفه فى ملكه إن أضر أو أشكل (يمنع وإن لم يضر لم يمنع) قال : ولم أر من لبه عليه ، فليغتنم فإنه من خواص كتابى انتهى :

(ادعى) على آخر (هبة) مع قبض (فى وقت فسئل) المدعى (بينة فقال) قد (جحدنيها) أى الهبة (فاشتريتها منه أو لم يقل ذلك) أى جحدنيها ،

الشارح الميل إلى مامشى عليه المصنف فى متنه لأنه أوفق بدفع الضرر البين عن الجار المأمور بإكرامه ، ولذا كان هو الاستحسان الذى مشى عليه مشايخ المذهب المتأخرين(١) وصرحوا بأن الفتوى عليه :

والحاصل أنهما قولان معتمدان يترجح أحدهما بما ذكرنا والآخر بكونه أصل المذهب (قوله قياسا على مسألة السفل الخ) أقول : هذا غير مسلم لأنه مخالف لكلامهم مع أنه قياس مع الفارق وذلك أنك علمت أن أصل المذهب فى مسئلتنا عدم المنع مطلقا لكونه تصرفا فى خالص ملكه ، وخالف المشايخ أصل المذهب فيما إذا كان الضرر بينا ولا يخفى أن التقييد بالبين مخرج للمشكل فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين وقياسه على المشكل فى مسألة السفل غير صحيح لأن المتون الموضوعة لنقل المذهب ماشية على منع التصرف فيها عكس مسألتنا . وذكر بعض المشايخ أن المختار تقييد المنع بالمضر أو المشكل وما ذاك إلا لكونه تصرفا فيما للجار فيه حق وهو صاحب العلو فالأصل فيه عدم جواز التصرف إلا بإذنه بخلاف مسألتنا فإن الأصل فيها الجواز لكونه تصرفا في خالص حقه فإلحاق المشكل فيها بالمشكل فى الأولى غير صحيح فافهم :

وهذا آخر ما حرره المؤلف بخطه من هذا الجزء ، وأما بقية الأجزاء فتممها بنفسه قبل حلول رمسه ، فبادر نجله السعيد السيد محمد علاء الدين إلى تكملة الجزء المذكور بتجريد الهوامش التى بخط والده وغيرها على الشرح فقال :

(بسم الله الرحمن الرحيم)

بالميل لبابك يجبر ثلم القلوب ، وبالترقب لهبوب نسمات منحك يضرب على صفحات ثقب الغيوب ، يامن بصر بعظيم قدرته العباد وقهرهم بها فلا يكون إلا ما أراد ، فنحمده بالحمد اللائق ، ونشكره على آلائه بالشكر الفائق ونصلى ونسلم على رسوله محمد المكمل لأمته وعلى آله وصحبه ومن لهج بدعوته :

وبعد فإن العالم العامل والعلامة الكامل ، وحيد الدهر ، وفريد العصر ، سيد الزمان ، وسعد الأقران ، يعسوب العلماء العاملين ، ومرجع الجهابذة الفاضلين ، ومؤلف هذه الحاشية المرحوم سيدى وأستاذى ووالدى السيد محمد أفندى عابدين ، سقى الله ثراه صوب الغفران ، وجمعنا وإياه فى مستقر رحمته ، وأسكننا بحبوحة جنته لما وصل إلى هذا المحل من الكتاب اشتاق إلى مشاهدة رب الأرباب ، فنزل حياض المنون ، وآثر الجدث الذى ليس بمسكون . وكان رحمه الله بدأ أولا فى التأليف من الإجارة إلى الآخر ، ثم من أول الكتاب إلى انتهاء هذا التحرير الفاخر وترك على نسخته الدر بعض تعليقات وتحريرات واعتراضات قد كاد تداول الأيدى أن يذهبها العدم من يذهبها مذهبها ، فأردت أن أجرد ما كتبه والدى على نسخته ، وألحقه بمسودته من غير زيادة عليه خوف الغلط ونسبته إليه ، وإن رأيت حاشية ليست من خطه أنبه عليها بقولى كذا أو ذكر أو فى أو قاله فى الهامش لعامى بأنه أقرها وإلا شطبت عليها ، ومع هذا يلزم التنبيه كما ترى ، والله يعلم ويرى ، ومنه أطاب الإعانة والتوفيق لأقوم طريق: قال رحمه الله تعالى ونفعنا به ورضى عنه آمين (قوله ادعى على آخر الخ) قال قاضيخان : ادعى على رجل أنه

---

(١) (قوله المتأخرين) كذا بخطه وصوابه المتأخرون كما لايخفى اه مصححه .

ومفاده الاكتفاء بإمكان التوفيق وهو مختار شيخ الإسلام من أقوال أربعة ، واختار الخجندى أنه يكفى من المدعى عليــه لا من المدعى لأنه مستحق وذاك دافع ، والظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق بزازية (فأقام بينة على الشراء بعد وقتها) أى وقت الهبة (تقبل فى الصورتين وقبله لا) لوضوح التوفيق فى الوجه الأول وظهور التناقض فى الثانى ، ولو لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لأحدهما تقبل لإمكان التوفيق بتأخير الشراء ، وهل يشترط كون الكلامين عند القاضى أو الثانى فقط خلاف وينبغى ترجيح الثانى بحر لأن به التناقض والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبقول المتناقض تركت الأول وأدعى بكذا أو بتكذيب الحاكم وتمامه فى البحر وأقره المصنف (كما لو ادعى أولا أنها) أى الدار مثلا (وقف عليه ثم ادعاها لنفسه) أو ادعاها لغيره ثم ادعاها (لنفسه) لم تقبل للتناقض ، وقيل تقبل إن وفق بأن قال كان لفلان ثم اشتريته درر فى أواخر الدعوى قال (ولو ادعى الملك) لنفسه (أولا ثم) ادعى (الوقف)

أخذ منه مالا وبين المال ووصفه وأقام المدعى عليه البينة على إقرار المدعى أنه أخذ فلان آخر هذا المال المسمى فأنكر المدعى ذلك لم تقبل منه هذه البينة ولا يكون ذلك إبطالا لدعوى الأول ، لأن من حجة الأول أن يقول أخذه منى فلان آخر ثم رده على وأخذه منى هذا المدعى عليه بعد ذلك اه كذا فى الهامش (قوله ومفاده) أى مفاد قوله أو لم يقل ذلك ح (قوله بإمكان التوفيق) نقل فى البحر إن هذا هو القياس ، والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط . قال الرملى : وجواب الاستحسان هو الأصح كما فى منية المفتى (قوله وهو مختار الخ) قيده فى البحر فى فصل الفضولى بأن لا يكون ساعيا فى نقض ما تم من جهته فراجعه (قوله من أقوال أربعة) وهى كفاية إمكان التوفيق مطلقا ، وعدم كفايته مطلقا ، وكفايته من المدعى عليه لا من المدعى ، وكفايته إن اتحد وجه التوفيق لا إن تعددت وجوهه ح كذا فى الهامش (قوله بعد وقتها) ظرف للشراء كقبله ح (قوله فى الصورتين) يعنى ما إذا قال جحدنيها أو لم يقل ح (قوله فى الثانى) لأنه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهو تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما ، ومرادهم بين الدعوى والبينة وإلا فالمدعى لا تناقض منه لأنه ما ادعى الشراء سابقا على الهبة بحر (قوله وينبغى ترجيح الثانى الخ) ولعل وجهه أنه الذى يتحقق به التناقض منح . وفى النهر من باب الاستحقاق : والأوجه عندى اشتراطهما عند الحاكم إذ من الدعوى كونها لديه اه . وفى شرح المقدسى : ينبغى أن يكفى أحدهما عند القاضى بل يكاد أن يكون الخلاف لفظيا ، لأن الذى حصل سابقا على مجلس القاضى لابد أن يثبت عنده ليترتب على ما عنده حصول التناقض ، والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكأنهما فى مجلس القاضى ، فالذى شرط كونهما فى مجلسه يعم الحقيقى والحكمى فى السابق واللاحق انتهى وهو حسن (قوله أو بتكذيب الحاكم) كما لو ادعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول منه المال ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك يقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل ، لأنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كذا فى المنح ح (قوله وتمامه فى البحر) عبارة البحر فى الاستحقاق أولى ، وهى إذا قال تركت أحد الكلامين يقبل منه لأنه استدل له بما فى البزازية عن الذخيرة : ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اه فإن المتروك الثانية لا الأولى ومع هذا نظر فيه صاحب النهر هناك . وقد يقال ذلك القول توفيق بين الدعوتين تأمل . وذكر سيدى الوالد فى باب الاستحقاق تأييد ما فى النهر : وقال فى الخانية رجل ادعى ملكا بسبب ثم ادعاه بعد ذلك ملكا مطلقا فشهد شهوده بذلك ذكر فى عامة الروايات أنه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته . قال مولانا رضى الله تعالى عنه : قال جدى شمس الأئمة رحمه الله تعالى لا تقبل

عليه (تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره) فإنه يقبل :

(ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية وأنكر) الآخر الشراء جاز (للبائع أن يطأها إن ترك) البائع (الخصومة) واقترن تركه بفعل يدل على الرضا بالفسخ كإمساكها ونقلها لمنزله ، لما تقرر أن (جحود) جميع العقود (ماعدا النكاح فسخ) فللبائع ردها بعيب قديم لتمام الفسخ بالتراضى عينى ، أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا (ف) لذا (لو جحد أنه تزوجها ثم ادعاه وبرهن) على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فإنه إذا أنكره ثم ادعاه لايقبل لانفساخه بالإنكار بخلاف النكاح .

(أقر بقبض عشرة) دراهم (ثم ادعى أنها زيوف) أو نبهرجة (صدق) بيمينه لأن اسم الدراهم يعمها ، بخلاف الستوقة لغلبة غشها (و) لذا (لو ادعى أنها ستوقة لا) يصدق (إن) كان البيان (مفصولا وصدق لو) بين (موصولا) نهاية ، فالتفصيل فى المفصول لا فى الموصول (ولو أقر بقبض الجياد لم يصدق مطلقا) واو موصولا للتناقض (ولو أقر أنه قبض حقه أو) قبض (الثمن أو استوفى) حقه (صدق فى دعواه الزيافة لو) بين (موصولا وإلا لا) لأن قوله جياد مفسر فلا يحتمل التأويل ، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل ابن كمال .

(أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا) وبرهن عليه (قبل) برهانه قنية عن علاء الدين وسيجىء فى الإقرار .

(قال لآخر لك على ألف) درهم (فرده) المقر له (ثم صدقه)

بينته ولا تبطل دعواه حتى لو قال أردت بهذا الملك المطلق الملك بذلك السبب تسمع دعواه وتقبل بينته (قوله عليه) كذا فى المنح ولم يذكره فى البحر ، وكأنه أخذه من قاعدة إعادة النكرة معرفة فيكون المراد به الوقف المار قيل وعليه فلا يظهر التوفيق لأنه تناقض ظاهر ويمكن جريانه على مذهب الثانى القائل بصحة وقفه على نفسه انتهى ولا يخفى عليك ما فيه . وفى البحر من فصل الاستحقاق : ولو ادعى أنها له ثم ادعى أنها وقف عليه تسمع لصحة الإضافة بالأخصية انتفاعا (قوله أن يطأها) أى بعد الاستبراء إن كانت فى يد المشترى أبو السعود عن الحموى عن الجلبى بحثا (قوله فللبائع ردها) قيده فى النهاية بأن يكون بعد تحليف المشترى ، إذ لو كان قبله فليس له الرد على بائعه لاحتمال نكول المدعى عليه فاعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث ، وقيده الشارح بأن يكون بعد القبض أما قبله فينبغى أن له الرد مطلقا لكونه فسخا من كل وجه فى غير العقار إلا بعد حلفه فيجب تقييد الكتاب بحر (قوله أقر الخ) للإمام الطرسوسى تحقيق فى هذه المسألة فراجعه فى أنفع الوسائل (قوله زيوف) ما يرده بيت المال (قوله نبهرجة) ما يرده التجار : قال فى القاموس فى فصل النون : النبهرجة الزيف الردىء اه : وفى المغرب : النبهرج الدرهم الذى فضته رديئة ، وقيل الذى الغلبة فيه للفضة ، وقد استعير لكل ردىء باطل ، ومنه بهرج دمه : إذا أهدر وأبطل وعن اللحيانى درهم نبهرج ولم أجده بالنون إلا له اه وهو مخالف لما فى القاموس مع أنه المشهور (قوله أو استوفى) الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بالتمام سعدية وابن كمال (قوله لأنه ظاهر) راجع للأولى وهى قبض الحق أو الثمن ، والظاهر ما احتمل غير المراد احتمالا بعيدا ، والنص يحتمله احتمالا أبعد دون المفسر لأنه يحتمل غير المراد أصلا (قوله أو نص) راجع للثانية وهو قوله أو استوفى (قوله قبل برهانه) لأنه مضطر وإن تناقض قنية (قوله فرده الخ) حاصل مسائل رد الإقرار بالمال أنه لايخلو إما أن يرده مطلقا أو يرد الجهة التى عينها المقر ويحولها إلى أخرى أو يرده لنفسه ويحوله إلى غيره ، فإن كان الأول بطل ، وإن كان الثانى فإن لم يكن بينهما منافاة وجب المال كقوله له ألف بدل قرض فقال بدل غصب وإلا بطل كقوله ثمن عبد لم أقبضه

فى مجلسه (فلا شىء عليه) للمقر له إلا بحجة أو إقرار ثانيا ، وكذا الحكم فى كل مافيه الحق لواحد :

(ومن ادعى على آخر ما لافقال) المدعى عليه (ماكان لك على شىء قط فبرهن المدعى على) أنه له عليه (ألف وبرهن) المدعى عليه (على القضاء) أى الإيفاء (أو الإبراء ولو بعد القضاء) أى الحكم بالمال إذ الدفع بعد قضاء القاضى صحيح إلا فى المسألة المخمسة

وقال قرض أو غصب ولم يكن العبد فى يده فيلزمه الألف صدقه فى الجهة أوكذبه عند الإمام ، وإن كان فى يده فالقول للمقر فى يده ، وإن كان الثالث ، نحو ماكانت لى قط لكنها لفلان فإن صدقه فلان تحول إليه وإلا فلا ، وإن كان بطلاق أو عتاق أو ولاء أو نكاح أو وقف أو نسب أو رق لم يرتد بالرد فيقال الإقرار يرتد برد المقر له إلا فى هذه ذكر مجموع ذلك فى البحر ، وفيه اختصار أو ضحته فى حاشيته (قوله فى مجلسه) وفى غيره بالأولى (قوله إلا بحجة) كيف تقبل حجته وهو مناقض فى دعواه تأمل فى جوابه سعدية واستشكله فى البحر أيضا ، ونقل خلافه عن البزازية حيث قال : فى يده عبد فقال لرجل هو عبدك فرده المقر له ثم قال بل هو عبدى وقال المقر هو عبدى فهو لذى اليد المقر ، ولو قال ذو اليد لآخر هو عبدك فقال بل هو عبدك ثم قال الآخر بل هو عبدى وبرهن لا يقبل للتناقض اه وهذا يخالف ما فى الهداية من أنه لا بد من الحجة فإنه يقتضى سماع الدعوى اه (قوله لواحد) بخلاف ما لو قال اشتريت وأنكر له أن يصدقه لأن أحد العاقدين لاينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق ، أما المقر له فينفرد برد الإقرار فافترقا كذا فى الهداية :

فالحاصل أن كل شىء يكون الحق لهما جميعا إذا رجع المنكر إلى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على إنكاره فهو جائز كالبيع والنكاح ، وكل شىء يكون فيه الحق لواحد كالهبة والصدقة والإقرار لاينفعه إقراره بعده كما فى القنية بحر س (قوله ماكان لك) انظر لو لم يذكر لفظ كان وانظر ماسنذكره قريبا عند واقعة سمرقند فإنه يفيد الفرق بين الماضى والحال (قوله قط) لافرق بين أن يؤكد النفى بكلمة قط أولا بحر (قوله على الخ) الأصوب أن يقول على ألف له عليه فافهم ،وفى بعض النسخ على أنه له عليه ألف (قوله على القضاء) أى الإيفاء قيد بدعوى الإيفاء بعد الإنكار : إذ لو ادعاه بعد الإقرار بالدين ، فإن كان كلا القولين فى مجلس واحد لم يقبل للتناقض ، وإن تفرقا عن المجلس ثم ادعاه وأقام البينة على الإيفاء بعد الإقرار تقبل لعدم التناقض ، وإن ادعى الإيفاء قبل الإقرار لايقبل كذا فى خزانة المفتين بحر (قوله إلا فى المسألة المخمسة) كأودعنيه فلان أو آجرنيه أو ارتهنته أو غصبته منه أو قال أخذت هذه الأرض مزارعة من فلان أو هذا الكرم معاملة منه سميت مخمسة لأن فيها خمسة أقوال ٥

قال فى البحر : وهذه مخمسة كتاب الدعوى لأن صورها خمسة : وديعة وإجارة وإعارة ورهن وغصب ، أو لأن فيها خمسة أقوال للعلماء : الأول مافى الكتاب ، وهو أنه تندفع خصومة المدعى لأن البينة أثبتت أن يده ليست بيد خصومة وهو قول أبى حنيفة ؛ الثانى قول أبى يوسف ، واختاره فى المختارات ، المدعى عليه إن كان صالحا فكما قال الإمام ، وإن معروفا بالجبر لم تندفع عنه لأنه قد يدفع ماله إلى مسافر يرده إياه ويشهد فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه به القاضى لايقبله . الثالث قول محمد إن الشهود إذا قالوا نعرفه بوجهه فقط لاتندفع ، فعنده لابد من معرفته بالوجه والاسم والنسب . وفى البزازية تعويل الأئمة على قول محمد : وفى العمادية : لو قالوا نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكر فى شىء من الكتب وفيه قولان ، وعند الإمام لابد أن يقول نعرفه (١) . باسمه

---

(١) (قوله لابد أن يقول نعرفه) كذا بالأصل المقابل على خطه ، ولعله أن يقولوا كالسباق والسياق اه مصححه .

كما سيجيء (قبل) برهانه لإمكان التوفيق . لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة ، وسيجيء فى الإقرار أنه لو برهن على قول المدعى أنا مبطل فى الدعوى أو شهودى كذبة أو ليس لى عليه شيء صح الدفع إلى آخره ، وذكره فى الدرر قبيل الإقرار فى فصل الاستشراء (كما) يقبل (لو ادعى القصاص على آخر فأنكر) المدعى عليه (فبرهن المدعى) على القصاص (ثم برهن المدعى عليه على العفو أو) على (الصلح عنه على مال وكذا فى دعوى الرق) بأن ادعى عبودية شخص فأنكر فبرهن المدعى ثم برهن العبد أن المدعى أعتقه يقبل إن لم يصالحه ؛ ولو ادعى الإيفاء ثم صالحه قبل برهانه على الإيفاء بحر . وفيه : برهن أن له أربعمائة ثم أقر أن عليه للمنكر ثلثمائة سقط عن المنكر ثلثمائة ، وقيل لا وعليه الفتوى ملتقط ، وكأنه لأنه لما كان المدعى عليه جاحدا فذمته غير مشغولة فى زعمه فأين تقع المقاصة ، والله تعالى أعلم (وإن زاد) كلمة (ولا أعرفك ونحوه) كما رأيتك (لا) يقبل لتعذر التوفيق ، وقيل يقبل لأن المحتجب أو المخدرة قد يتأذى بالشغب على بابه فيأمر بإرضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه ، حتى لو كان ممن يعمل بنفسه لا يقبل ، نعم لو ادعى إقرار المدعى عليه بالوصول والإيصال صح درر فى آخر الدعوى لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار (أقر ببيع عبده) من فلان (ثم جحده صح) لأن الإقرار بالبيع بلا ثمن باطل إقرار بزازية :

(ادعى على آخر أنه باعه

ولسبه وتكفى معرفة الوجه ، واتفقوا على أنهم لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع . الرابع قول أبى شبرمة إنها لا تندفع عنه مطلقا لأنه تعذر إثبات الملك لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه . قلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامة البينة على الطلاق . الخامس قول ابن أبى ليلى تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب وقلنا إنه صار خصما بظاهر يده ، فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بحجة ، كما لو ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره اهـ (قوله كما سيجيء) فى فصل رفع الدعاوى من كتاب الدعوى ح (قوله قبل برهانه) انظر لو برهن على إيفاء البعض فقد صارت حادثة الفتوى (قوله فى فصل الاستشراء) وفيه فوائد جمة فراجعه . والاستشراء : طلب شراء شيء (قوله إن لم يصالحه) محل هذه المسألة عند قوله ومن ادعى على آخر مالا قال فى البحر : وقيد بكون المدعى عليه لم يصالح لسكوته عنه والأصل العدم : أما إذا أنكر فصالحه على شيء ثم برهن على الإيفاء أو الإبراء لم تسمع دعواه ، كذا فى الخلاصة ح (قوله وكأنه الخ) من كلام صاحب المنح (قوله فأين) الواقع فى المنح فأنى (قوله وإن زاد) أى على قوله فيما تقدم مالك على شيء (قوله وقيل) ذكره القدورى عن أصحابنا بحر (قوله لأن المحتجب) أى من الرجال . والمحتجب : من لا يتولى الأعمال بنفسه ، وقيل من لا يراه كل أحد لعظمته بحر (قوله حتى لو كان) أى المدعى عليه ، فرع هذا على ذلك القول فى النهاية تبعا لقاضيخان . وفى إيضاح الإصلاح : وفيه نظر لأن مبنى إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الأعمال بنفسه لا المدعى عليه بخصوصه انتهى ، ودفعه ظاهر لأن الكلام كله فى تناقض المدعى عليه لا المدعى بحر (قوله نعم لو ادعى الخ) قال فى الدرر عن القنية : المدعى عليه قال للمدعى لا أعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الإيصال لا تسمع ، ولو ادعى إقرار المدعى بالوصول أو الإيصال تسمع اهـ . قال فى البحر : لأن المتناقض هو الذى يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعى عيانا لم يكن متناقضا ذكره التمرتاشى انتهى وتمامه فيه ، وهو أحسن مما علل به الشارح ، وبه ظهر أن قول الشارح إقرار المدعى عليه صوابه المدعى إلا أن يقرأ المدعى بصيغة المبنى للفاعل تأمل (قوله لأن الإقرار الخ) فيه أن الإقرار بالبيع إقرار بركنيه لأنه مبادلة مال بمال إلا أن يحمل على أنه أقر

أمته) منه (فقال) الآخر (لم أبعها منك قط فبرهن) المدعى (على الشراء) منه (فوجد) المدعى (بها عيبا) وأراد ردها (فبرهن البائع أنه) أى المشترى (برىء إليه من كل عيب بها لم تقبـــل) بينة البائع للتناقض ، وعن الثانى تقبل لإمكان التوفيق ببيع وكيله وإبرائه عن العيب ، ومنه واقعة سمرقند : ادعت أنه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فأنكر فبرهنت فادعى أنه خلعها على المهر تقبل لاحتمال أنه وجه أبوه وهو صغير ولم يعلم خلاصة (يبطل) جميع (صك) أى مكتوب (كتب إن شاء الله فى آخره) وقالا آخره فقط وهو استحسان راجع على قوله فتح : واتفقوا على أن الفرجة كفاصل السكوت وعلى انصرافه للكل فى جمل عطفت بواو وأعقبت بشرط ، وأما الإستثناء بإلا وأخواتها فللأخير إلا لقرينة كله مائة درهم وخمسون دينارا إلا درهما فللأول استحسانا وأما الاستثناء بإن شاء الله بعد جملتين إيقاعيتين فإليهما اتفاقا وبعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فإليهما عند الثالث وللأخير عند الثانى ، ولو بلا عطف

بالبيع بلا مال تأمل . قال فى المبسوط : شهدا على إقرار البائع ولم يسموا الثمن ولم يشهدا بقبض الثمن لا تقبل وإن قالا أقر عندنا أنه باعه منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن جاز . وفى مجمع الفتاوى : شهدا أنه باع وقبض الثمن جاز ، وإن لم يبينوا الثمن ، وكذا لو شهدا بإقرار البائع أنه باعه وقبض الثمن اهـ . وقال فى الخلاصة : شهدوا على البيع بلا بيان الثمن ، إن شهدوا على قبض الثمن تقبل ، وكذا لو بين أحدهما وسكت الآخر اهـ نور العين فى أوائل الفصل السادس ، وانظر ماسنذكره فى كتاب الشهادة وفى باب الإختلاف فيها (قوله أمته منه) لاحاجة إلى قوله منه لأن ضمير باعه يغنى عنه ح (قوله أى المشترى) الأصوب أى البائع كما فى البحر (قوله للتناقض) لأن اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضى وجود العقد وقد أنكره ، بخلاف مامر لأن الباطل قد يقضى ويبرأ منه دفعا للدعوى الباطلة ، وهذا ظاهر الرواية عن الكل بحر (قوله ببيع وكيله) أى وكيل البائع (قوله وإبرائه عن العيب) من إضافة المصدر إلى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشترى الخ د وعلى ماقلنا مضاف إلى فاعله والضمير لوكيله وهو المفهوم من عبارة البحر ، فقوله أولا لم أبعها منك قط أى مباشرة ، وقوله أنه برىء إليه : أى إلى وكيله (قوله فأنكر) أى بأن قال لانكاح بيننا كما فى البحر عن جامع الفصولين ، ولو قال لانكاح بينى وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته ، ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أتزوجها قط والباقى بحاله ينبغى أن يكون هذا وسيلة العيب ، وفى ظاهر الرواية لاتقبل بينة البراءة عن العيب لأنها إقرار بالبيع فكذا الخلع يقتضى سابقة النكاح فيتحقق التناقض اهـ (قوله راجح على قوله) إذ الأصل فى الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق ، فلو انصرف إلى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ماقصدوه فينصرف إلى ما يليه ضرورة كذا فى التبيين ح (قوله فى جمل) أى قولية وإلا نافى ماقبله د

وفى البحر : والحاصل أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله الحرام إن شاء الله ينصرف إلى الكل فبطل الكل ، فمشى أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صورة ، كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب ، جملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث ، ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله كذا فى الفتح القدير وظاهره أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة انتهى (قوله بشرط) أى سواء كان الشرط هو المشيئة أو غيرها كما صرح به فى البحر ح ، والظاهر أن هذا خاص بالإقرار لما سيأتى بعده من قوله وأما الاستثناء الخ تأمل ، (قوله إيقاعيتين) أن منجزتين ليس فيهما تعليق بقرينة المقابلة نحو أنت طالق ، وهذا حر إن شاء الله تعالى ح

أو به بعد سكوت فللأخير اتفاقا وعطفه بعد سكوته لغو إلا بمافيه تشديد على نفسه وتمامه فى البحر *

(مات ذمى فقالت عرسه أسلمت بعد موته وقالت ورثته قبله صدقوا) تحكيما للحال (كما) يحكم الحال (فى مسألة) جريان (ماءالطاحونة) ثم الحال إنماتصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (كما فى مسلم مات فقالت عرسه) الذمية (أسلمت قبل موته) فارثه (وقالوا بعده) فالقول لهم لأن الحادث يضاف لأقرب أوقاته *

[فرع] وقع الاختلاف فى كفر الميت وإسلامه فالقول لمدعى الإسلام بحر (قال المودع) بالفتح (هذا) ابن مودعى بالكسر (الميت لا وارث له غيره دفعها إليه) وجوبا كقوله هذا ابن دائنى ، قيد بالوارث لأنه لو أقر أنه وصيه أو وكيله أو المشترى منه لم يدفعها (فإن أقر) ثانيا (بابن آخر له لم يفد) إقراره (إذا كذبه) الابن (الأول) لأنه إقرار على الغير ، ويضمن للثانى حظه إن دفع للأول بلا قضاء زيلعى *

(تركة قسمت بين الورثة أو الغرماء بشهود لم يقولوا نعلم)

(قوله أو به بعد سكوت) أى إذا كان السكوت بين الجملة الأخيرة وبين ماقبلها (قوله إلا بمافيه تشديد) فلو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وسكت ، ثم قال : وهذه الأخرى دخلت الثانية فى اليمين ، بخلاف وهذه الدار الأخرى ولو قال وهذه طالقة ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية وكذا فى العتق بحر كذا فى الهامش (قوله تحكيما للحال) أى لظاهر الحال (قوله كما الخ) ليست هذه المسألة موجودة فيما كتب عليه المصنف (قوله جريان الخ) لاوجه لتخصيص الجريان بل الإنقطاع كذلك فكان الأولى حذفه (قوله ثم الحال إنما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق) فإن قيل هذا منقوض بالقضاء بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لأنه استدلال بالحال لإثبات الأجر قلنا إنه استدلال لدفع مايدعى المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر . وأما ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لاموجبا بعقوبية ه وفى الهامش عن البحر : فلو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة أسلمت بعـد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال ، لأن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة إليه وأما الورثة فهم الدافعون ويظهر لهم ظاهر الحدوث أيضا اه (قوله كما فى مسلم الخ) تمثيل للمنفى وهو الاستحقاق . وحاصله إنما كان القول لهم هنا أيضا لماسيأتى ، ولا يمكن أن تـكون لها بناء على تحكيم الحال ، لأنه لايصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة إليه (قوله لمدعى الإسلام) فلو مات رجل وأبواه ذميان فقالا مات ابننا كافرا وقال ولده المسلمون مات مسلما فميراثه للولد دون الأبوين بحر عن الخزانة (قوله مودعى) قال فى البحر قيد باقراره بالبنوة ، لأنه لو قال هذا أخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك . والفرق أن استحقاق الأخ بشرط عدم الإبن بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال ، ومراده بالابن من يرث بكل حال فالبنت والأب والأم كالابن ، وكل من يرث بحال دون حال فهو كالأخ بحر (قوله زيلعى) وهو الصواب كما فى الفتح خلافا لما فى غاية البيان (قوله تركة قسمت الخ) قال فى آخر الفصل الثانى عشر من جامع الفصولين رامز إلى الأصل : الوارث لو كان محجوبا بغيره كجد وجدة وأخ وأخت لايعطى شيئا مالم يبرهن على جميع الورثة : أى إذا ادعى أنه أخو الميت فلابد أن يثبت ذلك فى وجه جميع الورثة الحاضرين أو يشهدا أنهما لايعلمان وارثا غيره ، ولو قالا لا وارث له غيره تقبل عندنا لاعند ابن أبى ليلى لأنهما جاز تأولنا العرف فإن مراد الناس به لانعلم له وارثا غيره ، وهذه شهادة على النفى فقبلت لما مر من أنها تقبل على الشرط ولو نفيا وهنا كذلك لقيامها على شرط الإرث ، ولو كان الوارث ممن لايحجب بأحد ، فلو شهدا أنه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره أولا نعلمه يتاوم القاضى زمانا رجاء أن يحضر وارث آخر ، فإن لم يحضر يقضى له بجميع الإرث ولا يكفل عند أبى حنيفة فى المسألتين

كذا نسخ المتن والشرح ، وعبارة الدرر وغيرها لا نعلم (له وارثا أو غريما لم يكفلوا) خلافا لهما لجهالة المكفول له ويتلوم القاضي مدة ثم يقضي ، ولو ثبت بالإقرار كفلوا اتفاقا ، ولو قال الشهود ذلك لا اتفاقا .

(ادعى) على آخر (دارا لنفسه ولأخيه الغائب) إرثا (وبرهن عليه) على ما ادعاه (أخذ) المدعى (نصف المدعى) مشاعا (وترك باقيه في يد ذي اليد بلا كفيل جحد) ذو اليد (دعواه أو لم يجحد) خلافا لهما ، وقولهما استحسان نهاية ، ولا تعاد البينة ولا القضاء إذا حضر الغائب في الأصح لانتصاب أحد الورثة خصما للميت حتى تقضى منها ديونه ، ثم إنما يكون خصما بشروط تسعة مبسوطة في البحر ، والحق الفرق بين الدين

يعني فيما إذا قالا لا وارث له غيره أو لا نعلمه ، وعندهما يكفل فيهما ، ومدة التلوم مفوضة إلى رأى القاضي ، وقيل حول وقيل شهر ، وهذا عند أبي يوسف : وأما أحد الزوجين لو أثبت الوراثة ببينة ولم يثبت أنه لا وارث له غيره فعند أبي حنيفة ومحمد يحكم لهما بأكثر النصيبين بعد التلوم ، وعند أبي يوسف بأقلهما وله الربع ولها الثمن اه ملخصا ، وإن تلوم ومضى زمانه فلا فرق بين كونه ممن يحجب كالأخ أو ممن لا يحجب كالإبن كما في البزازية من العاشر في النسب والإرث ، وانظر ماسيأتي قبيل باب الشهادة على الشهادة (قوله كذا نسخ المتن) يعني بإسقاط لا ، والحق ثبوتها كما في سائر الكتب ح (قوله لم يكفلوا) مبني للمجهول مضعف العين والواو للورثة أو الغرماء : أي لا يأخذ القاضي منهم كفيلا ح . قال في الدرر : أي لم يؤخذ منه كفيل بالنفس عند الإمام وقالا يؤخذ اه ، وهذا ظاهر في أنه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس ، ثم رأيته لتاج الشريعة أبي السعود عن شيخه ولم ير في البحر فتوقف في أنها بالمال أو بالنفس (قوله لجهالة) علة لقوله لم يكفلوا كذا في الهامش (قوله ويتلوم) أي يتأنى ، والمراد تأخير القضاء لا تأخير الدفع بعده كما أفاده في البحر عن غاية البيان ، والمسألة على وجوه ثلاثة فارجع إلى البحر ، وسيأتي شيء منها قبيل الشهادة على الشهادة (قوله مدة) وقدر مدته مفوض إلى رأى القاضي ، وقدره الطحاوي بحول ، وعلى عدم التقرير حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث أو لا غريم له آخر (قوله ثبت بالإقرار) أي الإرث والدين ، وهو محترز قوله بشهود (قوله ذلك) أي قالوا لا نعلم له وارثا أو غريما ح كذا في الهامش (قوله ادعى) قال في جامع الفصولين من الرابع : ادعى عليهما أن الدار التي بيد كما ملكي فبرهن على أحدهما ، فلو الدار في يد أحدهما بإرث فالحكم عليه حكم على الغائب إذا أحد الورثة ينتصب خصما عن البقية ، ولو لم يكن كل الدار بيده لا يكون قضاء على الغائب بل يكون قضاء بما في يد الحاضر على الحاضر ، ولو بيد أحدهما بشراء لا يكون الحكم على أحدهما حكما على الآخر انتهى (قوله جحد ذو اليد الخ) هذا التعميم غير صحيح بعد قوله وبرهن عليه لأن البرهان يستلزم سبق الجحد ، والصواب أن يبدل قوله وبرهن عليه بقوله وثبت ذلك فيشمل الثبوت بالإقرار وبالبينة ، وحينئذ يسقط قوله جحد دعواه أو لم يجحد ح . ويجاب بأن هذا التعميم راجع إلى قوله وترك باقيه أشار به إلى الخلاف فافهم (قوله خلافا لهما) حيث قالا إن جحد ذو اليد يؤخذ منه ويجعل في يد أمين لخيانته بجحوده وإلا ترك في يده (قوله خصما للميت) الأصوب عن الميت . قال في الهامش ناقلا عن البحر : إنما ينتصب خصما عن الباقي بثلاثة شروط : كون العين كلها في يده ، وأن لا تكون مقسومة ، وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت المعين انتهى (قوله والحق الخ) لا ارتباط له بما قبله لأن ما قبله في انتصاب أحد الورثة خصما للميت ، وهذا الفرق في انتصاب أحدهم خصما فيما عليه .

قال في البحر : وكذا ينتصب أحدهم فيما عليه مطلقا إن كان دينا ، وإن كان في دعوى عين فلا بد من كونها في يده ليكون قضاء على الكل ، وإن كان البعض في يده نفذ بقدره كما صرح به في الجامع الكبير ، وظاهر ما في الهداية والنهاية والعناية أنه لا بد من كونها كلها في يده في دعوى الدين أيضا ، وصرح في فتح القدير بالفرق

والعين (ومثله) أى العقار (المنقول) فيما ذكر (فى الأصح) درر لكن اعتمد فى الملتقى أنه يؤخذ منه اتفاقا ومثله فى البحر : قال : وأجمعوا على أنه لايؤخذ لو مقرا .

(أوصى له بثلث ماله يقع) ذلك (على كل شىء) لأنها أخت الميراث :

(ولو قال مالى أو ما أملكه صدقة فهو على) جنس (مال الزكاة) استحسانا (وإن لم يجد غيره أمسك منه) قدر (قوته ، فإذا ملك) غيره (تصدق بقدره) فى البحر قال : إن فعلت كذا فما أملكه صدقة فحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب فى منديل ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شىء ، ولو قال ألف درهم من مالى صدقة إن فعلت كذا ففعله وهو يملك أقل لزمه بقدر ما يملك ، ولو لم يكن له شىء لايجب شىء (وصح الإيصاء بلا علم الوصى فصح) تصرفه (لا) يصح (التوكيل بلا علم وكيل) والفرق أن تصرف الوصى خلافه والوكيل نيابة (فلو علم) الوكيل بالتوكيل (ولو من) مميز

بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو اه : وفى حاشية أبى السعود عن شيخه : ووجه الفرق بينهما أن حق الدائن شائع فى جميع التركة بخلاف مدعى العين اهـ (قوله والعين) حيث لاينتصب أحد الورثة خصما عن الباقى فى دعوى العين إلا إذا كانت فى يده ، ولا يشترط فى دعوى الدين كون جميع التركة فى يده حتى ينتصب خصما عن الباقى خلافا لما فى الهداية والنهاية والعناية ح (قوله لو مقرا) أى كالعقار (قوله مالى أو ما أملكه الخ) ظاهره دخول الدين أيضا ، وحكى فى القنية قولين ، واعتمد فى وصايا الوهبانية الدخول ، ونقل السائحانى عن المقدسى لاشك أن الدين تجب فيه الزكاة ويصير مالا عند الاستيفاء ، لكن فى البحر عن الخانية عدم الدخول ، وهو مقتضى قولهم إن الدين ليس بمال ، حتى لوحلف أن لامال له وله دين على الناس لم يحنث . ونقل ابن الشحنة عن ابن وهبان أن فى حفظه من الخانية رواية الدخول ح (قوله جنس مال الزكاة) أى جنس كان ، بلغت نصابا أولا ، عليه دين مستغرق أولا بحر (قوله تصدق بقدره) أى بقدر ما أمسك لأن حاجته مقدمة ، فيمسك أهل كل صنعة قدر كفايته إلى أن يتجدد له شىء فتح (قوله فحيلته) أى إن أراد أن يفعل ولا يحنث (قوله ثم يفعل ذلك) أى المحلوف عليه (قوله فلا يلزمه شىء) قال العلامة المقدسى : ومنه يعلم أن المعتبر الملك حين الحنث لا حين الحلف انتهى .

أقول : ويعلم منه أن المشترى باسم المفعول بخيار الرؤية لايدخل فى ملكه حتى يراه ويرضى به قاله الشيخ أبو الطيب مدنى ، والمسألة تحتاج إلى المراجعة ، ومانقله عن البحر عزاه فى البحر إلى الولوالجية فى الحيل آخر الكتابة ، وتمامه فيها حيث قال : وإن كان له ديون على الناس يتصالح عن تلك الديون مع رجل بثوب فى منديل ثم يفعل ذلك ويرد الثوب بخيار الرؤية فيعود الدين ولايحنث انتهى (قوله فصح تصرفه) لايخفى أن من حكم الوصى أنه لا يملك عزل نفسه بعد القبول حقيقة أو حكما ، وظاهر ماهنا تبعا للكنز أنه يصير وصيا قبل التصرف ، وليس كذلك بل إنما يصير بعده كما نبه عليه فى البحر ، ولذا قال فى نور العين : مات وباع وصيه قبل علمه بوصايته وموته جاز استحسانا ويصير ذلك قبولا منه للوصاية ولا يملك عزل نفسه فكان على الشارح أن يقول إن تصرفه قبله بدل قوله فصح تصرفه فتنبه (قوله بلا علم وكيل) فلو باع الوصى شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ، ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم يجز بحر أى فيكون بيع الفضولى فلم يجزه موكله أو الوكيل بعد علمه بها كما فى نور العين من الثالث والعشرين . وفى البزازية عن الثانى خلافه : وفى البحر : أما إذا علم المشترى بالوكالة واشترى منه ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلا بالبيع بأن كان المالك قال للمشترى اذهب بعبدى إلى زيد فقل له

أو (فاسق صح تصرفه ولا يثبت عزله إلا ب) إخبار (عدل) أو فاسق إن صدقه بجناية (أو مستورين أو فاسقين) فى الأصح (كإخبار السيد بجناية عبده) فلو باعه كان مختارا للفداء (والشفيع) بالبيع (والبكر) بالنكاح (والمسلم الذى لم يهاجر) بالشرائع ، وكذا الإخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف فهى عشرة يشترط فيها أحد شطرى الشهادة لا لفظها (ويشترط سائر الشروط فى الشاهد) وقيده فى البحر بالعزل القصدى وبما إذا لم يصدقه ، ويكون المخبر غير المرسل ورسوله فإنه يعمل بخبره مطلقا كما سيجىء فى بابه :

(باع قاض أو أمينه) وإن لم يقل جعلتك أمينا فى بيعه على الصحيح ولوالجية (عبدا ل) دين (الغرماء وأخذ المال فضاع) ثمنه عند القاضى (واستحق العبد) أو ضاع قبل تسليمه (لم يضمن) لأن أمين القاضى كالقاضى والقاضى كالإمام ، وكل منهم لايضمن بل ولا يحلف ، بخلاف نائب الناظر (ورجع المشترى على الغرماء) لتعذر الرجوع على العاقد :

حتى يبيعه بوكالته عنى منك فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل فباعه هو منه يجوز ، وتمامه فيه (قوله أو فاسق) أى إذا صدقه الوكيل حتى لو كذبه لايثبت ، فعلى هذا لافرق بين الوكالة والعزل لأن فى العزل أيضا إذا صدقه ينعزل كذا فى غاية البيان يعقوبية (قوله فى الأصح) خلافا لما فى الكنز حيث قيد بالمستورين : فإن ظاهره أنه لايقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف لأن تأثير خبرهما أقوى من تأثير خبر العدل بدليل أنه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة عدلين نفذ (١) كما فى البحر عن الفتح ، ونقله فى المنح أيضا (قوله وعزل قاض) ذكره فى البحر بحثا (قوله شطرى الشهادة) أى العدد أو العدالة .

وفى الحواشى السعدية : أقول فيه إشارة إلى أن العدالة لاتشترط فى العدد وأن قوله وعدل صفة رجل قال فى التلويح وهو الأصح (قوله ويشترط) أى فى المخبر (قوله سائر الشروط) أى مع العدد أو العدالة على قول الإمام الأعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وإن وجد العدد أو العدالة ، وقل من نبه على هذا (قوله فى الشاهد) أى المشروطة فى الشاهد (قوله القصدى) احتراز عما إذا كان حكميا كموت الموكل فإنه يثبت وينعزل قبل العلم ح (قوله إذا لم يصدقه) أما إذا صدقه قبل ولو فاسقا بحر وقدمر (قوله غير المرسل) الذى فى البحر غير الخصم ورسوله (قوله ورسوله) فلا يشترط فيه العدالة ، حتى لو أخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب إجماعا والرسول يعمل بخبره وإن كان فاسقا صدقه أو كذبه بحر ، وتمامه فيه (قوله وإن لم الخ) بأن قال له بع هذا العبد فقط (قوله على الصحيح) اعلم أن أمين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك أمينا فى بيع هذا العبد ، أما إذا قال بع هذا العبد ولم يرد عليه اختلف المشايخ ، والصحيح أنه لايلحقه عهدة ذكره شيخ الإسلام جواهر زاده كما فى البحر معزيا إلى شرح التلخيص للفارسى :

أقول : والمسألة مذكورة هكذا فى الفتاوى الولوالجية منح (قوله الغرماء) أى أرباب الديون لم يذكر الوارث مع أنهما سواء فإذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة إن كان وصى الميت وإن كان القاضى أو أمينه هو العاقد رجع على المشترى (٢) كما ذكره الزيلعى ، لأن ولاية البيع للقاضى إذا كانت التركة قد أحاط بها الدين ولا يملك الوارث البيع بحر (قوله عند القاضى) أو أمينه منح (قوله بخلاف) قيد لقوله ولا يحلف (قوله لنائب الناظر) قال فى البحر : إن نائب الإمام كهو ونائب الناظر كهو فى قبول قوله ، فلو ادعى

---

(١) (قوله وبشهادة عدلين نفذ) لعل الصواب فاسقين تأمل اه .

(٢) (قوله رجع على المشترى الخ) لعل الصواب رجع عليه : أى على من عقد له ، وليس الضمير عائدا على العاقد اه .

(ولو باعه الوصى لهم) أى لأجل الغرماء (بأمر القاضى) أو بلا أمره (فاستحق) العبد (أو مات قبل القبض) للعبد من الوصى (وضاع) الثمن (رجع المشترى على الوصى) لأنه وإن نصبه القاضى عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه (وهو يرجع على الغرماء) لأنه عامل لهم ، ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه هو الأصح (أخرج القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم إياه حتى هلك كان) الهالك (من مالهم) أى الفقراء (والثلثان للورثة) لما مر :

(أمرك قاض) عدل (برجم أو قطع) فى سرقة (أو ضرب) فى حد (قضى به) بما ذكر (وسعك فعله) لوجوب طاعة ولى الأمر ، ومنعه محمد حتى يعاين الحجة ، واستحسنوه فى زماننا : وفى العيون وبه يفتى إلا فى كتاب القاضى للضرورة ، وقيل يقبل لو عدلا عالما (وإن عدلا جاهلا

ضياع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين فأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين ، وبه فارق أمين القاضى فإنه لايمين عليه كالقاضى اه منح (قوله ولو باعه الوصى) قال فى الشرنبلالية : لافرق فيه بين وصى الميت ومنصوب القاضى مدنى (قوله أو بلا أمره) أى بطريق الأولى (قوله للعبد) وقول الدرر الثمن سبق قلم وصوابه المثمن (قوله وإن نصبه القاضى) الأولى حذفه والاقتصار على قوله لأنه عاقد نيابة عن الميت كما فى الهداية ليشمل وصى الميت ؛ قال فى الكفاية : أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر ، وأما إذا نصبه فكذلك لأن القاضى إنما نصبه ليكون قائما مقام الميت لامقام القاضى (قوله إليه) كما إذا وكله حال حياته (قوله ولو ظهر بعده الخ) فيه إيجاز مخل يوضحه مافي فتح القدير ، فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك ، وهل يرجع بما ضمن للمشترى ؟ فيه خلاف قيل نعم ؛ وقال مجد الأئمة السرخسى : لايأخذ فى الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما يضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره . وفى الكافى : الأصح الرجوع لأنه قضى بذلك وهو مضطر فيه ، فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت اه وقوله بماضمن للمشترى يفيد أن الاختلاف فى المسألة الأولى لأنه فى الثانية إنما ضمن للوصى لا للمشترى ، لكن قال فى البحر : وقيل لايرجع به فى الثانية والأول أصح اه .

والحاصل أنه فى الأولى اختلف التصحيح فى الرجوع وفى الثانية الأصح عدمه فتنبه ، ووجدت فى نسخة رجع الغريم منه بدينه لا بما غرم هو الأصح : قال ح : وقيل يرجع بما غرم أيضا وصحح (قوله فيه) أى فى المال الذى ظهر للميت (قوله لمامر) متعلق بقوله كان الهالك من مالهم والمراد بما مر أن القاضى لايضمن (قوله عدل) أى وعالم كذا قيده فى الملتقى وغيره مدنى ، وكذا قيده فى الكنز ولابد منه هنا لمقابلة قوله وإن عدلا جاهلا : قال فى البحر وما ذكره المصنف قول الماتريدى . وفى الجامع الصغير لم يعتبره بهما ، ثم رجع محمد فقال لايؤخذ بقوله إلا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا اه ؛ وبهذا يظهر لك أن كلام المصنف ملفق من قولين لأن عدم تقييده بالعدالة والعلم مبنى على مافى الجامع الصغير والتفصيل بعده مبنى على قول الماتريدى ، وحينئذ فحيث قيده الشارح بقوله عدل يجب زيادة عالم أيضا فيكون على قول الماتريدى ، ويكون قوله بعد وقيل يقبل لو عدلا عالما مستدركا ، وحقه أن يقول وقيل يقبل ولو لم يكن عالما وهو مافى الجامع الصغير (قوله ولى الأمر) انظر ماقدمناه فى باب الإمامة من كتاب الصلاة (قوله ومنعه محمد) هذا مارجع إليه بعد الموافقة لهما ح (قوله حتى يعاين الحجة) زاد عليه بعض المشايخ أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وهو رواية عنه : وقد استبعده فى فتح القدير بكونه بعيدا فى العادة وهو شهادة القاضى عند الجلاد والاكتفاء بالواحد على هذه الرواية فى حق يثبت بشاهدين ، وإن كان فى زنا فلابد من ثلاثة أخر كذا ذكره الإسبيجابى بحر (قوله وقيل يقبل لو عدلا عالما) دخول على المتن قصد به إصلاحه ، وذلك أنه أطلق أولا القاضى ولم يقيده بالعدل العالم تبعا للجامع الصغير وهو ظاهر

إن استفسر فأحسن) تفسير (الشرائط صدق وإلا لا ، وكذا) لايقبل قوله (لو) كان (فاسقا) عالما كان أو جاهلا للتهمة فالقضاء أربعة (إلا أن يعاين الحجة) أى سببا شرعيا :

(صب دهنا لإنسان عند الشهود) فادعى مالكه ضمانه (وقال) الصاب (كانت) الدهن (نجسة وأنكره المالك فالقول للصاب) لإنكاره الضمان والشهود يشهدون على الصب لا على عدم النجاسة :

(ولو قتل رجلا وقال قتلته لردته أو لقتله أبى لم يسمع) قوله لئلا يؤدى إلى فتح باب العدوان فإنه يقتل ويقول كان القتل لذلك وأمر الدم عظيم فلا يهمل ، بخلاف المال إقرار بزازية :

(صدق) قاض (معزول) بلا يمين (قال لزيد أخذت منك ألفا قضيت به) أى بالألف (لبكر ودفعته إليه أو قال قضيت بقطع يدك فى حق وادعى زيد أخذه) الألف (وقطعه) اليد (ظلما وأقر بكونهما) أى الأخذ والقطع (فى) وقت (قضائه) وكذا لو زعم فعله قبل التقليد أو بعد العزل فى الأصح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فيصدق إلا أن يبرهن زيد على كونهما فى غير قضائه فالقاضى يكون مبطلا صدر شريعة .

الرواية ، ثم ذكر التفصيل وهو على قول الماتريدى القائل باشتراط كونه عدلا عالما كما مشى عليه فى الكنز ، وإن أردت زيادة الدراية فارجع إلى الهداية ، وحيث كان مراد الشارح ذلك فكان الصواب أن يحذف قوله عدل فى أول المسألة فإنه من الشرح على ما رأيناه :

واعلم أنه على رواية الجامع رجع محمد وقال لا حتى يعاين الحجة كما مر بيانه وأن عليه الفتوى وقال فى البحر لكن رأيت بعد ذلك فى شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أنه صح رجوع محمد إلى قولهما :

قال : والحاصل المفهوم من شرح الصدر أنهما قالا بقبول إخباره عن إقراره بشىء لا يصح رجوعه عنه مطلقا وأن محمدا أولا وافقهما ثم رجع عنه وقال لايقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه ثم صح رجوعه إلى قولهما : وأما إذا أخبر القاضى بإقراره عن شىء يصح رجوعه عنه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك تقبل فى الوجهين جميعا اه : وضمير إقراره راجع إلى الخصم : هذا ، ولا يخفى عليك أن الكلام فى القاضى المولى ، وأما المعزول فلا يقبل ولو شهد معه عدل كما مر عن النهر أوائل كتاب القضاء (قوله إن استفسر الخ) بأن يقول فى حد الزنا إنى استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ،ويقول فى حد السرقة إنه ثبت عندى بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفى القصاص أنه قتل عمدا بلا شبهة ، وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا كفاية (قوله شرعيا) فيشمل الإقرار (قوله لإنكاره الضمان) بالمثل لا بالقيمة شيخنا فلا يكون القول له إلا فى أنها متنجسة فيضمن قيمتها متنجسة كما نقله أبو السعود عن الشيخ شرف الدين الغزى محشى الأشباه . وعبارة الخانية قبيل كتاب القاضى من الشهادات : القول قوله مع يمينه فى إنكاره استهلاك الطاهر ولا يسع الشهود أن يشهدوا عليه أنه صب زيتا غير نجس ، وتمامه فيها فراجعها وهى أظهر مما هنا (قوله وكذا لو زعم الخ) أى المدعى ، لكن لو أقر القاطع والآخذ فى هذا بما أقر به القاضى يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لافى إبطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى أنه فعله فى قضائه أو لايؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى التملك إلا بحجة ، وقوله المعزول ليس بحجة فيه بحر (قوله لأنه أسند) أى القاضى (.قوله إلى حالة)فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود بحر (قوله للضمان) أى من كل وجه كما زاده فى البحر أخذا مما فى المجمع . قال فلا يرد ما لو قال المولى لأمته بعد

[فرع] نقل فى الأشباه عن بعض الشافعية : إذا لم يكن للقاضى شىء فى بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى من أموال اليتامى والأوقاف ؛ وفى الخانية : للمتولى العشر فى مسألة الطاحونة :

قلت : لكن فى البزازية كل مايجب على القاضى والمفتى لايحل لهما أخذ الأجر به كنكاح صغير لأنه واجب عليه وكجواب المفتى بالقول : وأما بالكتابة فيجوز لهما على قدر كتبهما لأن الكتابة لاتلزمهما ، وتمامه فى شرح الوهبانية . وفيها :

وليس له أجر وإن كان قاسما وإن لم يكن من بيت مال مقرر
ورخص بعض لانعدام مقرر وفى عصرنا فالقول الأول ينصر
وجوز للمفتى على كتب خطه على قدره إذ ليس فى الكتب يحصر

كتاب الشهادات

أخرها عن القضاء لأنها كالوسيلة وهو المقصود (هى) لغة خبر قاطع : وشرعا (إخبار صدق لإثبات حق) فتح :

قلت : فإطلاقها على الزور مجاز كإطلاق اليمين على الغموس (بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى) ولو بلادعوى كما فى عتق الأمة : وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه بأن لم يعلم بها ذو الحق

عتقها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت قطعتها وأنا حرة حيث يكون القول لها لأنه أسند فعله إلى حالة قد يجامعها الضمان فى الجملة ، لأن كونها أمة له لا ينفى الضمان عنه من كل وجه ، ألا ترى أنه يضمن إذا كانت مرهونة أو مأذونة مديونة اه ملخصا وتمام التفاريع عليه فيه فراجعه (قوله فى الأشباه) وعبارتها قال فى بسط الأنوار للشافعية من كتاب القضاء ما لفظه : وذكر جماعة من أصحاب الشافعى وأبى حنيفة إذا لم يكن للقاضى شىء من بيت المال فله أخذ عشر مايتولى من مال الأيتام والأوقاف ثم بالغ فى الإنكار اه ولم أر هذا لأصحابنا اه وما أحببت نقل الشارح العبارة على هذا الوجه لئلا يظن بعض المتهورين صحة هذا النقل مع أن الناقل بالغ فى إنكاره كما ترى كيف وقد اختلفوا عندنا فى أخذه من بيت المال فما ظنك فى اليتامى والأوقاف (قوله والأوقاف) أقول : زاد فى الأشباه قوله ثم بالغ فى الإنكار الخ :

قال العلامة الشيخ خير الدين الرملى فى حاشيته على الأشباه ما نصه : قوله ثم بالغ فى الإنكار أقول يعنى على الجماعتين والمبالغة فى إنكار واضحة الاعتبار ، وذلك أنه لو تولى على عشرين ألفا مثلا ولم يلحقه من المشقة فيها شىء بماذا يستحق عشرها وهو مال اليتيم وفى حرمته جاءت القواطع ، فما هو إلا بهتان على الشرع الساطع وظلمة غطت على بصائرهم ، فنعوذ بالله من غضبه الواقع ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم اه . وقال بيرى زاده فى حاشيتها : الصواب أن المراد من العشر أجر مثل عمله حتى لو زاد رد الزائد اه مدنى (قوله فى مسألة الطاحونة) أى إذا كان له عمل . والذى فى الخانية من الوقف : رجل وقف ضيعة على مواليه وقفا صحيحا فمات الواقف وجعل القاضى الوقف فى يد قيم وجعل للقيم عشر الغلات وفى الوقف طاحونة فى يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقبضون غلتها لا يجب للقيم عشر هذه الطاحونة لأن القيم يأخذ ما يأخذ بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بدون العمل اه وهكذا في التتارخانية ح :

كتاب الشهادات

(قوله كإطلاق فى اليمين) فإن حقيقة اليمين عقد يتقوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك فى المستقبل .

وخاف فوته لزمه أن يشهد بلا طلب فتح :

(شرطها) أحد وعشرون شرطا شرائط مكانها واحد : وشرائط التحمل ثلاثة (العقل الكامل) وقت التحمل ، والبصر ، ومعاينة المشهود به إلا فيما يثبت بالتسامع (و) شرائط الأداء سبعة عشر : عشرة عامة وسبعة خاصة ، منها (الضبط والولاية) فيشترط الإسلام لو المدعى عليه مسلما (والقدرة على التمييز) بالسمع والبصر (بين المدعى والمدعى عليه) ومن الشرائط عدم قرابة ولاد أو زوجية أو عداوة دنيوية أو دفع مغرم أو جر مغنم كما سيجيء (وركنها لفظ أشهد) لاغير لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال فكأنه يقول أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به وهذه المعانى مفقودة فى غيره فتعين ،

والغموس : الحالف على ماضى كذبا عمدا (قوله وخاف) أى الشاهد، وقوله فوته : أى الحق (قوله بلا طلب) نظر فيه المقدسى بأن الواجب فى هذا إعلام المدعى بما يشهد فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا إذ يحتمل أنه ترك حقه ط (قوله شرائط مكانها واحد) أى مجلس القضاء منح (قوله العقل الكامل وقت التحمل) المراد ما يشمل التمييز بدليل ما سيأتى فى الباب الآتى (قوله عشرة عامة) أى فى جميع أنواع الشهادة أما العامة فهى الحرية والبصر والنطق والعدالة لكن هى شرط وجوب القبول على القاضى لا شرط جوازه وأن لا يكون محدودا فى قذف وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما فلا تقبل شهادة الفرع لأصله وعكسه وأحد الزوجين للآخر وأن لا يكون خصما فلا تقبل شهادة الوصى لليتيم والوكيل لموكله وأن يكون عالما بالمشهود به وقت الأداء ذاكرا له ولا يجوز اعتماده على خطه خلافا لهما :

وأما ما يخص بعضها فالإسلام إن كان المشهود عليه مسلما والذكورة فى الشهادة فى الحد والقصاص ، وتقدم الدعوى فيما كان من حقوق العباد وموافقتها للدعوى ، فإن خالفتها لم تقبل إلا إذا وفق المدعى عند إمكانه ، وقيام الرائحة بالشهادة على شرب الخمر ولم يكن سكران لا لبعد مسافة (١) والأصالة فى الشهادة فى الحدود والقصاص وتعذر حضور الأصل فى الشهادة على الشهادة كذا فى البحر ، لكنه ذكر أولا أن شرائط الشهادة نوعان : ما هو شرط تحملها وما هو شرط أدائها فالأول ثلاثة وقد ذكرها الشارح ، والثانى أربعة أنواع : ما يرجع إلى الشاهد ، وما يرجع إلى الشهادة ، وما يرجع إلى مكانها ، وما يرجع إلى المشهود به ، وذكر أن ما يرجع إلى الشاهد السبعة عشر العامة والخاصة.

وما يرجع إلى الشهادة ثلاثة : لفظ الشهادة ، والعدد فى الشهادة بما يطلع عليه الرجل ، واتفاق الشاهدين ، وما يرجع إلى مكانها واحد وهو مجلس القضاء ، وما يرجع إلى المشهود به علم من السبعة الخاصة :

ثم قال : فالحاصل أن شرائطها إحدى وعشرون ، فشرائط التحمل ثلاثة ، وشرائط الأداء سبعة عشر : منها عشرة شرائط عامة ، ومنها سبعة شرائط خاصة : وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرائط مكانها واحد اهـ ومقتضاه أن شرائط الأداء نوعان لا أربعة كما ذكر أولا ، والصواب أن يقول إنها أربعة وعشرون ثلاثة منها شرائط التحمل وإحدى وعشرون شرائط الأداء ، منها سبعة عشر شرائط الشاهد وهى عشرة عامة وسبعة خاصة ، ومنها ثلاث شرائط لنفس الشهادة ، ومنها واحد شرط مكانها ، وبهذا يظهر لك ما فى كلام الشارح أيضا (قوله أشهد) فلو قال شهدت لا يجوز لأن الماضى موضوع للإخبار عما وقع فيكون غير مخبر فى الحال س (قوله لتضمنه) أى باعتبار الاشتقاق (قوله معنى مشاهدة) وهى الاطلاع على الشىء عيانا (قوله وقسم) لأنه قد استعمل فى القسم نحو أشهد بالله لقد كان كذا أى أقسم س (قوله للحال) ولا يجوز شهدت لأن الماضى موضوع للإخبار عما وقع (قوله فتعين الخ) فلذا اقتصر عليه احتياطا واتباعا للمأثور ، ولا يخلو عن معنى التعبد إذ لم ينقل غيره كما بسطه فى البحر

---

(١) (قوله ولم يكن سكران لا لبعد مسافة) هكذا فى النسخة المجموع منها ولا يخلو عن تأمل فليحرر اهـ مصححه .

حتى او زاد فيما أعلم بطل للشك. وحكمها وجوب الحكم على القاضي بموجبها بعد التزكية بمعنى افتراضه فورا إلا فى ثلاث قدمناها (فلو امتنع) بعد وجود شرائطها (أثم) لتركه الفرض (واستحق العزل) لفسقه (وعزر) لارتكابه ما لا يجوز شرعا زيلعي (وكفر إن لم ير الوجوب) أي إن لم يعتقد افتراضه عليه ابن ملك ، وأطلق الكافيجي كفره واستظهر المصنف الأول (ويجب أداؤها بالطلب) ولو حكما كما مر ، لكن وجوبه بشروط سبعة مبسوطة فى البحر وغيره ، منها عدالة قاض وقرب مكانه وعلمه بقبوله أو بكونه أسرع قبولا وطلب المدعى (لو فى حق العبد إن لم يوجد بدله) أي بدل الشاهد لأنها فرض كفاية تتعين لو لم يكن إلا شاهدان لتحمل أو أداء ، وكذا الكاتب إذا تعين ، لكن له أخذ الأجرة لا للشاهد ، حتى لو أركبه بلا عذر لم تقبل وبه تقبل لحديث « أكرموا الشهود » وجوز الثانى الأكل مطلقا وبه يفتى بحر ، وأقره المصنف (و) يجب الأداء (بلا طلب لو) الشهادة (فى حقوق الله تعالى) وهي كثيرة عد منها فى الأشباه أربعة عشر : قال : ومتى أخر شاهد الحسبة شهادته بلا عذر فسق فترد (كطلاق امرأة) أي بائنا (وعتق أمة) وتدبيرها وكذا عتق عبد وتدبيره شرح وهبانية ، وكذا الرضاع كما مر فى بابه ، وهل يقبل جرح الشاهد حسبة ؟ الظاهر نعم لكونه حقا لله تعالى أشباه فبلغت

(قوله حتى لو زاد فيما أعلم الخ) فلو قال أشهد بكذا فيما أعلم لم تقبل كما لو قال فى ظني بخلاف ما لو قال أشهد بكذا قد علمت ، ولو قال لا حق لى قبل فلان فيما أعلم لا يصح الإبراء ، ولو قال لفلان علي ألف درهم فيما أعلم لا يصح الإقرار ، ولو قال المعدل هو عدل فيما أعلم لا يكون تعديلا بحر (قوله ثلاث) خوف ريبة ورجاء صلح أقارب وإذا استمهل المدعى س (قوله قدمناها) أي قبيل باب التحكيم ح (قوله إن لم ير الوجوب) نقله فى أول قضاء البحر عن شرح الكنز لباكير (قوله وأطلق الكافيجي) أي فى رسالته [سيف القضاة على البغاة] حيث قال : حتى لو أخر الحكم بلا عذر عمدا قالوا إنه يكفر (قوله كما مر) هو قوله أو خوف فوت حقه (قوله وقرب مكانه) فإن كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى القاضي لأداء الشهادة ، ويرجع إلى أهله فى يومه ذلك قالوا يأثم لأنه يلحقه ضرر بذلك قال تعالى — ولا يضار كاتب ولا شهيد — بحر (قوله إن لم يوجد بدله) هذا هو خامس الشروط . وأما الإثنان الباقيان فهما أن لا يعلم بطلان المشهود به وأن لا يعلم أن المقر أقر خوفا ح (قوله أخذ الأجرة) لينظر مع ما تقدم من قوله كل ما يجب على القاضي والمفتي لا يحل لهما أخذ الأجر به وليس خاصا بهما بدليل ما ذكروه من أن غاسل الأموات إذا تعين لا يحل له أخذ الأجر فتأمل (قوله بلا عذر) بأن كان لهم قوة المشي أو مال يستكرون به الدواب (قوله وبه) أي بالعذر كذا فى الهامش (قوله مطلقا) أي سواء صنعه لأجلهم أولا ومنعه محمد مطلقا وبعضهم فصل (قوله أربعة عشر) قدمناها فى الوقف ح (قوله حسبة) متعلق بالجرح لا بالشاهد ح . قال فى الأشباه تقبل شهادة الحسبة بلا دعوى فى طلاق المرأة وعتق الأمة والوقف وهلال رمضان وغيره إلا هلال الفطر والأضحى والحدود إلا حد القذف والسرقة . واختلفوا فى قبولها بلا دعوى فى النسب كما الظهيرية من النسب وجزم بالقبول ابن وهبان فى تدبير الأمة وحرمة(١) والخلع والإيلاء والظهار ولا تقبل فى عتق العبد بدون دعوى عنده خلافا لهما .

واختلفوا على قوله فى الحرية الأصلية والمعتمد لا اه . وفى الظهيرية إذا شهد اثنان على امرأة أن زوجها طلقها ثلاثا أو على عتق أمة وقالا كان ذلك فى العام الماضي جازت شهادتهما وتأخيرهما لا يوهن شهادتهما قيل وينبغي أن يكون ذلك وهنا فى شهادتهما إذا علما أنه يمسكها إمساك الزوجات والإماء لأن الدعوى ليست شرطا لقبول هذه الشهادة فإذا أخروها صاروا فسقة اه كذا فى الهامش :

---

(١) (قوله وحرمة) هكذا فى النسخة المجموع منها ، ولعل المضاف إليه المصاهرة وليحرر اه مصححه .

ثمانية عشر ، وليس لنا مدعى حسبة إلا فى الوقف على المرجوح فليحفظ (وسترها فى الحدود أبر) لحديث «من ستر ستر» فالأولى الكتمان إلا لمتهتك بحر (و) الأولى أن (يقول) الشاهد (فى السرقة أخذ) إحياء للحق (لا سرق) رعاية للستر (ونصابها للزنا أربعة رجال) ليس منهم ابن زوجها ، ولو علق عتقه بالزنا وقع برجلين ولا حد ، ولو شهدا بعتقه ثم أربعة بزناه محصنا فأعتقه القاضى ثم رجمه ثم رجع الكل ضمن الأولان قيمته لمولاه والأربعة ديته له أيضا لو وارثه (و) لبقية (الحدود والقود و) منه (إسلام كافر ذكر) لمآلها لقتله بخلاف الأنثى بحر (و) مثله (ردة مسلم رجلان) إلا المعلق فيقع ولا يحد كما مر (وللولادة واستهلال الصبى للصلاة عليه) وللإرث

[فرع] فى المجتبى عن الفضلى : تحمل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها وإلا لضاعت الحقوق وعلى هذا الكاتب إلا أنه يجوز له أخذ الأجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه باجماع الفقهاء وكذا من لم تتعين عليه عندنا وهو قول للشافعى ، وفى قول يجوز لعدم تعينه عليه اهـ شلبى اهـ ط (قوله ثمانية عشر) أى بزيادة عتق العبد وتدبيره والرضاع والجرح . وأما طلاق المرأة وعتق الأمة وتدبيرها فمن الأربعة عشر ح (قوله إلا فى الوقف) يعنى إذا ادعى الموقوف عليه أصل الوقف تسمع عند البعض والمفتى به عدم سماعها إلا بتولية كما تقدم فى الوقف ح (قوله والأولى أن يقول الخ) فيه إشارة إلى أن المراد ستر أسباب الحدود ، منهوات ابن كمال (قوله ونصابها) لم يقل وشرطها أى كما قال فى الكنز لما سيأتى أن المرأة ليست بشرط فى الولادة وأختيها ابن كمال (قوله أربعة رجال) فلا تقبل شهادة النساء (قوله ابن زوجها) أى إذا كان الأب مدعيا . قال فى البحر : اعلم أنه يجوز أن يكون من الأربعة ابن زوجها .

وحاصل ما ذكره فى المحيط البرهانى أن الرجل إذا كان له امرأتان ولإحداهما خمس بنين فشهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيهم تقبل إلا إذا كان الأب مدعيا أو كانت أمهم حية اهـ (قوله فأعتقه) أى حكم بعتقه (قوله لو وارثه) بأن لم يكن له وارث غيره وإلا لوارثه (قوله والقود) شمل القود فى النفس والعضو وقيد به لما فى الخانية : ولو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل شهادتهم ، وقوله بخلاف الأنثى أى فإنه يقبل على إسلامها بشهادة رجل وامرأتين ، بل فى المقدسى : لو شهد نصرانيان على نصرانية أنها أسلمت جاز وتجبر على الإسلام .

قلت : وينبغى فى النصرانى كذلك فيجبر ولا تقبل ورأيته فى الولوالجية انتهى سائحانى . وانظر لم يقل كذلك فى شهادة رجل وامرأتين على إسلامه لـكنه يعلم بالأولى ، وصرح به فى البحر عن المحيط عند قوله والذمى على مثله ، وانظر ما مر فى باب المرتد عن الدرر (قوله ومنه) أى من القود ح (قوله لقتله) أى إن أصر على كفره (قوله بخلاف الأنثى) فإنها لا تقتل فتقبل شهادة رجل وامرأتين فلذا قيد بذكر (قوله رجلان) فى البحر : لو قضى بشهادة رجل وامرأتين فى الحدود والقصاص وهو يراه أو لا يراه ثم رفع إلى قاض آخر أمضاه .

وفى الخانية : رجل قال إن شربت الخمر فمماوكى حر فشهد رجل وامرأتان أنه شرب عتق العبد ولا يحد السيد وعلى قياس هذا إن سرقت ، والفتوى على قول أبى يوسف فيهما كذا فى الهامش (قوله إلا المعلق فيقع) يعنى ما علق على شىء مما يوجب الحد أو القود لا يشترط فيه رجلان بل يثبت برجل وامرأتين وإن كان المعلق عليه لا يثبت بذلك قاله فى البحر (قوله كما مر) أى قريبا (قوله وللولادة) لم يذكرها فى الإصلاح . قال لأن شهادة امرأة واحدة على الولادة إنما تكفى عندهما خلافا له على ما مر فى باب ثبوت النسب ، وأما شهادتهما على الاستهلال

عندهما والشافعي وأحمد وهو أرجح فتح (والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال امرأة) حرة مسلمة والثنتان أحوط ، والأصح قبول رجل واحد خلاصة وفي البرجندي عن الملتقط أن المعلم إذا شهد منفردا في حوادث الصبيان تقبل شهادته اه فليحفظ (و) نصابها (لغيرها من الحقوق سواء كان) الحق (مالا أو غيره كنكاح وطلاق ووكالة ووصية واستهلال صبي) ولو (للإرث رجلان) إلا في حوادث صبيان المكتب فإنه يقبل فيها شهادة المعلم منفردا قهستاني عن التجنيس (أو رجل وامرأتان) ولا يفرق بينهما لقوله تعالى - فتذكر إحداهما الأخرى - ولا تقبل شهادة أربع بلا رجل لئلا يكثر خروجهن ، وخصهن الأئمة الثلاثة بالأموال وتوابعها (وازم في الكل) من المراتب الأربع (لفظ أشهد) بلفظ المضارع بالإجماع ، وكل مالا يشترط فيه هذا اللفظ كطهارة ماء ورؤية هلال فهو إخبار لا شهادة (لقبولها والعدالة لوجوبه) في الينابيع : العدل من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج ومنه الكذب لخروجه من البطن (لا لصحته) خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه (فلو قضى

فتقبل بالإجماع في حق الصلاة إنما قلنا في حق الصلاة لأن في حق الإرث لا تقبل عنده خلافا لهما اه (قوله عندهما) قيد للإرث وأما في خق الصلاة فتقبل اتفاقا كما في المنح (قوله وعيوب النساء) أي كما لو اشترى جارية فادعى أن بها قرنا أو رتقا لكن ذكر في المنح في باب خيار العيب عند قوله ادعى إباقا أن مالا يعرفه إلا النساء يقبل في قيامه للحال قول امرأة ثقة ثم إن كان بعد القبض لا يرد بقولها بل لابد من تحليف البائع وإن كان قبله فكذلك عند محمد . وعند أبي يوسف يرد بقولهن بلا يمين البائع اه .

وفي الفتح قبيل باب خيار الرؤية أن الأصل أن القول لمن تمسك بالأصل وأن شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد وإلا تعتبر لتوجه الخصومة لا لإلزام الخصم . ثم ذكر أنه لو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده في بكارتها يريها القاضي النساء ، فإن قلن بكر لزم المشتري لأن شهادتهن تأيدت بأن الأصل البكارة ، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأنها حجة قوية لم تتأيد بمؤيد ، لكن تثبت الخصومة ليتوجه اليمين على البائع فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ، فإن نكل ردت عليه وإلا فلا اه ملخصا (قوله رجل واحد) قال في المنح : وأشار بقوله فيما لا يطلع عليه الرجال إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما إذا قال تعمدت النظر . أما إذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته إذا كان عدلا كما في المبسوط اه (قوله لغيرها) أي لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليها الرجال منح فشمل القتل خطأ والقتل الذي لا قصاص فيه لأن موجبه المال ، وكذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي رملي عن الخانية وتمامه فيه (قوله ولو للإرث) في بعض النسخ لو بلا واو ، والظاهر حذفها تأمل ، وقوله للإرث : أي عند الإمام . قال في المنح : والعتاق والنسب (قوله إلا في حوادث الخ) مكرر مع ما تقدم (قوله فتذكر إحداهما الأخرى) حكي أن أم بشر شهدت عند الحاكم فقال الحاكم فرقوا بينهما فقالت ليس لك ذلك ، قال الله تعالى - أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى - فسكت الحاكم كذا في الملتقط بحر (قوله وتوابعها) كالأجل وشرط الخيار (قوله لفظ أشهد) قال في اليعقوبية : والعراقيون لا يشترطون لفظ الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فيجعلونها من باب الإخبار لا من باب الشهادة . والصحيح ما في الكتاب لأنه من باب الشهادة ولهذا شرط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما اه (قوله لوجوبه) أي لوجوب القضاء على القاضي منح (قوله العدل) قال في الذخيرة . وأحسن ما قيل في تفسير العدالة : أن يكون مجتنبا للكبائر ، ولا يكون مصرا على الصغائر ، ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه اه فتال (قوله لا لصحته) أي لصحة

بشهادة فاسق نفذ) وأثم فتح (إلا أن يمنع منه) أى من القضاء بشهادة الفاسق (الإمام فلا) ينفذ لما مر أنه يتأقت ويتقيد بزمان ومكان وحادثة وقول معتمد حتى لا ينفذ قضاؤه بأقوال ضعيفة وما فى القنية والمجتبى من قبول ذى المروءة الصادق فقول الثانى بحر وضعفه الكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف (وهى) إن (على حاضر يحتاج) الشاهد (إلى الإشارة إلى) ثلاثة مواضع أعنى (الخصمين والمشهود به لو عينا) لا دينا (وإن على غائب) كما فى نقل الشهادة (أو ميت فلا بد) لقبولها (من نسبته إلى جده فلا يكفى ذكر اسمه واسم أبيه وصناعته إلا إذا كان يعرف بها) أى بالصناعة (لامحالة) بأن لا يشاركه فى المصر غيره (فلو قضى بلا ذكر الجد نفذ) فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف، حتى لو عرف باسمه فقط أو بلقبه وحده كفى جامع الفصولين وملتقط (ولا يسأل عن شاهد بلا طعن من الخصم إلا فى حد وقود، وعندهما يسأل فى الكل) إن جهل بحالهم بحر (سرا وعلنا به يفتى) وهو اختلاف زمان لأنهما كانا فى القرن الرابع، ولو اكتفى بالسر جاز مجمع وبه يفتى سراجية (وكفى فى التزكية) قول المزكى (هو عدل فى الأصح) لثبوت الحرية بالدار درر يعنى الأصل فيمن كان فى دار الإسلام

---

(١) يعنى نفاذه منح (قوله بشهادة فاسق نفذ) قال فى جامع الفتاوى: وأما شهادة الفاسق، فإن تحرى القاضى الصدق فى شهادته تقبل وإلا فلا اهـ فتال: وفى الفتاوى القاعدية: هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ درر أول كتاب القضاء، وظاهر قوله وهو مما يحفظ اعتماده اهـ (قوله بحر) الذى فى البحر أنه رواية عن الثانى (قوله النص) وهو قوله تعالى ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ وأجبنا عنه أول القضاء (قوله يحتاج الشاهد الخ):

[فرع] فى البزازية: كتب شهادته فقرأها بعضهم فقال الشاهد أشهد أن لهذا المدعى على هذا المدعى عليه كل ما سمى ووصف فى هذا الكتاب، أو قال هذا المدعى الذى قرئ ووصف فى هذا الكتاب فى يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه إلى هذا المدعى يقبل، لأن الحاجة تدعو إليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان اهـ (قوله أو بلقبه) وكذا بصفته، كما أفتى به فى الحامدية فيمن يشهد أن المرأة التى قتلت فى سوق كذا يوم كذا فى وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها وأبيها حيث كانت معروفة لم يشاركها فى ذلك غيرها (قوله جامع الفصولين) أى فى الفصل التاسع (قوله يسأل) أى وجوبا وليس بشرط للصحة عندهما كما أوضحه فى البحر: وفيه: ومحل السؤال عن قولها عند جهل القاضى بحالهم، ولذا قال فى الملتقط: القاضى إذا عرف الشهود بجرح أو عدالة لا يسأل عنهم اهـ (قوله به يفتى) مرتبط بقوله وعندهما يسأل فى الكل:

قال فى البحر: والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنه فى الكل وإلا سأل فى الحدود والقصاص، وفى غيرها محل الاختلاف: وقيل هذا اختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولها فى هذا الزمان كذا فى الهداية انتهى، فكان ينبغى للمصنف أن يقدمه على قوله سرا وعلنا لئلا يوهم خلاف المراد فإنه سينقل أن الفتوى الاكتفاء بالسر وجزم به ابن الكمال فى متنه. وذكر فى البحر أن ما فى الكنز خلاف المفتى به، وبه ظهر أن ما يفعل فى زماننا من الاكتفاء بالعلانية خلاف المفتى به، بل فى البحر لابد من تقديم تزكية السر على العلانية، لما فى الملتقط عن أبى يوسف: لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى فى السر اهـ فتنبه (قوله الرابع) والإمام فى القرن الثالث الذى شهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية (قوله هو عدل) أى وجائز الشهادة. قال فى الكافى: ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة، إذ العبد والمحدود فى القذف إذا تاب قد يعدل. والأصح أن يكتفى

---

(١) (قوله أى لصحة القاضى) هكذا فى الأصل، ولعل الأصوب لصحة القضاء تأمل اهـ مصححه.

الحرية فهو بعبارته جواب عن النقض بالعبد وبدلالته جواب عن النقض بالمحدود ابن كمال (والتعديل من الخصم الذى لم يرجع إليه فى التعديل لم يصلح) فلو كان ممن يرجع إليه فى التعديل صح بزازية ، والمراد بتعديله تزكيته بقوله هم عدول زاد لكنهم أخطئوا ونسوا أو لم يزد (و) أما (قوله صدقوا أو هم عدول صدقة) فإنه (اعتراف بالحق) فيقضى بإقراره لا بالبينة عند الجحود اختيار . وفى البحر عن التهذيب : يحلف الشهود فى زماننا لتعذر التزكية إذ المجهول لايعرف المجهول وأقره المصنف . ثم نقل عنه عن الصيرفية تفويضه للقاضى :

قلت : ولا تنس ما مر عن الأشباه (و) الشاهد (له أن يشهد بما سمع أو رأى فى مثل البيع) ولو بالتعاطى فيكون من المرئى (والإقرار) ولو بالكتابة فيكون مرئيا (وحكم الحاكم والغصب والقتل

بقوله هو عدل لثبوت الحرية بالدار كذا فى الهامش ، لكن فى البحر : واختار السرخسى أنه لايكتفى بقوله هو عدل ، لأن المحدود فى قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة وينبغى ترجيحه اهـ . وفى الهامش قوله قول المزكى الخ أو يكتب فى ذلك القرطاس تحت اسمه هو عدل ، ومن عرف فى الفسق لايكتب شيئا احترازا عن الهتك أو يكتب الله أعلم درر (قوله الحرية) مخالف لما نقل فى بعض الشروح عن الجامع الكبير من أن الناس أحرار إلا فى الشهادة والحدود والقصاص كما لايخفى فليتأمل يعقوبية ، لكن ذكر فى البحر عن الزيلعى أن هذا محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدورى اهـ (قوله بالمحدود) أى قولهم الأصل فيمن كان فى دار الإسلام الحرية بمفهوم الموافقة المسمى بدلالة النص جواب عن النقض بالمحدود فى القذف الوارد على ماتقدم فإن العدالة لاتستلزم عدم الحد فى القذف ، وإنما دل بمفهوم الموافقة لأن الأصل فيمن كان فى دار الإسلام عدم الحد فى القذف أيضا فهو مساوح (قوله والتعديل) أى التزكية (قوله من الخصم) أى المدعى عليه والمدعى بالأولى ، وأطلقه فشمل ما إذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما فى البزازية ويحتاج إلى تأمل ، فإنه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب فى إنكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارىء على المعدل قبل القضاء كالمقارن بحر (قوله لم يصلح) أى لم يصلح مزكيا : قال فى الهامش : لأن من زعم المدعى وشهوده أن المدعى عليه كاذب فى الإنكار وتزكية الكاذب الفاسق لاتصح ، هذا عند الإمام . وعندهما تصح إن كان من أهله بأن كان عدلا ، لكن عند محمد لابد من ضم آخر إليه (قوله عن الأشباه) أى قبيل التحكيم من أن الإمام لو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له الخ (قوله فى مثل البيع) ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على الشراء وسنوضحه فى باب الاختلاف فراجعه (قوله ولو بالتعاطى) وفيه يشهدون بالأخذ والإعطاء ، ولو شهدوا بالبيع جاز بحر عن البزازية . وفيه عن الخلاصة : رجل حضر بيعا ثم احتيج إلى الشهادة للمشترى يشهد له بالملك بسبب الشراء ولا يشهد له بالملك المطلق اهـ . وفيه : ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على الشراء لأن الحكم بالشراء بثمن مجهول لايصح كما فى البزازية ، وانظر ماسيأتى وما مر : .

وفى الهامش عن الدرر : ويقول أشهد أنه باع أو أقر لأنه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين ، وهذا إذا كان البيع بالعقد ظاهرا ، وإن كان بالتعاطى فكذلك لأن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد ، وقيل لايشهدون على البيع بل على الأخذ والإعطاء لأنه بيع حكمى لاحقيقى اهـ (قوله والإقرار) بأن يسمع قول المقر لفلان على كذا درر كذا فى الهامش (قوله ولو بالكتابة) فى البحر عن البزازية ماملخصه : إذا كتب إقراره بين يدى الشهود ولم يقل شيئا لايكون إقرارا فلا تحل الشهادة به ولو كان مصدرا مرسوما وإن الغائب على وجه الرسالة على ماعليه العامة لأن الكتابة قد تكون للتجربة ، وفى حق الأخرس يشترط أن يكون معنونا مصدرا وإن لم يكن إلى الغائب ، وإن كتب وقرأ عند الشهود مطلقا أو قرأه غيره وقال الكاتب اشهدوا على به أو كتبه

وإن لم يشهد عليه) ولو مختفيا يرى وجه المقر ويفهمه (ولا يشهد على محجب بسماعه منه إلا إذا تبين لقائل) بأن لم يكن فى البيت غيره ، لكن لو فسر لاتقبل درر (أو يرى شخصها) أى القائلة (مع شهادة اثنين بأنها فلانة بنت فلان بن فلان) ويكفى هذا للشهادة على الاسم والنسب وعليه الفتوى جامع الفصولين .

[فرع] فى الجواهر عن محمد : لاينبغى للفقهاء كتب الشهادة لأن عند الأداء يبغضهم المدعى عليه فيضره (وإذا كان بين الخطين) بأن أخرج المدعى خطأ إقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب وبين الخطين (مشابهة ظاهرة) على أنهما خط كاتب واحد (لايحكم عليه بالمال) هو الصحيح خانية ، وإن أفتى قارئ الهداية بخلافه فلا يعوّل عليه ، وإنما يعوّل على هذا التصحيح لأن قاضيخان من أجلّ من يعتمد على تصحيحاته ، كذا ذكره المصنف هنا ، وفى كتاب الإقرار واعتمده فى الأشباه ، لكن فى شرح الوهبانية : لو قال هذا خطى لكن ليس علىّ هذا المال ، إن كان الخط على وجه الرسالة مصدّرا معنونا

عندهم وقال اشهدوا علىّ بما فيه كان إقرارا وإلا فلا ، وبه ظهر أن ماهنا خلاف ماعليه العامة ، لكن جزم به فى الفتح وغيره (قوله وإن لم يشهد عليه) لو قال المؤلف : ولو قال لاتشهد على بدل قوله وإن لم يشهد عليه لكان أفود ؛ لما فى الخلاصة : لو قال المقر لاتشهد علىّ بما سمعت تسعه الشهادة اه فيعلم حكم ما إذا سكت بالأولى بحر . وفيه : وإذا سكت يشهد بما علم ولا يقول أشهدنى لأنه كذب (قوله غيره) انظر عبارة البحر (قوله فسر) أى بأنه شاهد على المحجب (قوله شخصها) فى الملتقط : إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لايحل له أن يشهد عليها وإن رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها بحر اه من أول الشهادات ، واحترز برؤية شخصها عن رؤية وجهها . قال فى جامع الفصولين : حسرت عن وجهها وقالت أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجى مهرى فلايحتاج الشهود إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان مادامت حية إذ يمكن الشاهد أن يشير إليها ، فإن ماتت فحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين بنسبها (قوله وعليه الفتوى) ومقابله يقول لابد من شهادة جماعة ولايكفى الاثنان . ذكر الفقيه أبو الليث عن نصير بن يحيى قال : كنت عند أبى سليمان فدخل ابن محمد بن الحسن فسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز إذا لم يعرفها قال : كان أبو حنيفة يقول لاتجوز حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة ، وكان أبو يوسف وأبوك يقولان يجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة ، وهو المختار للفتوى وعليه الاعتماد لأنه أيسر على الناس اه .

واعلم أنهما كما احتاجا للاسم والنسب للمشهود عليه وقت التحمل يحتاجان عند أداء الشهادة إلى من يشهد أن صاحبة الاسم والنسب هذه . وذكر الشيخ خير الدين أنه يصح التعريف ممن لاتقبل شهادته لها سواء كانت الشهادة عليها أولها سائحانى بزيادة من البحر وغيره (قوله لأن عند الخ) اسم إن ضمير الشأن محذوفا والجملة بعده خبرها (قوله فيضره) أى يضر المدعى عليه بغضه للفقيه (قوله وإذا كان بين الخطين الخ) وفى الباقانى عن خزانة الأكمل : صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريمه يطالب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه حكم بذلك فى تركته إن ثبت أنه خطه ، وقد جرت العادة بين الناس أن مثله حجة ، وهذا مشكل لكونها شهادة على الخط وهنا لم يعتبروا هذا الاشتباه ، ووجهه لاينهض وسيجىء ، وقدم الشارح أنه لايعمل بالخط إلا فى مسألتين : يعمل بكتاب أهل الحرب بطلب الأمان كما فى سير الخانية ، ويلحق به البراءات السلطانية بالوظائف فى زماننا . الثانية يعمل بدفتر السمسار والصراف والبياع كما فى قضاء الخانية اه كذا فى الهامش (قوله ظاهرة) ضمنه معنى دالة فعداه بعلى أو متعلقة بتدل محذوفا أو لفظ على بمعنى فى

لايصدق ويلزم بالمال ونحوه فى الملتقط وفتاوى قارى الهداية فراجع ذلك (ولا يشهد على شهادة غيره مالم يشهد عليه) وقيده فى النهاية بما إذا سمعه فى غير مجلس القاضى ، فلو فيه جاز وإن لم يشهده شرنبلالية عن الجوهرة ، ويخالفه تصوير صدر الشريعة وغيره ، وقولهم لابد من التحميل وقبول التحميل وعدم النهى بعد التحميل على الأظهر ، نعم الشهادة بقضاء القاضى صحيحة وإن لم يشهدهما القاضى عليه ، وقيده أبو يوسف بمجلس القضاء وهو الأحوط ذكره فى الخلاصة (كفى) عدل (واحد) فى اثنى عشر مسألة على مافى الأشباه منها إخبار القاضى بإفلاس المحبوس بعد المدة (للتزكية) أى تزكية السر ، وأما تزكية العلانية فشهادة إجماعا (وترجمة الشاهد والخصم (والرسالة) من القاضى إلى المزكى والاثنان أحوط ، وجاز تزكية عبد وصبى ووالد، وقد نظم ابن وهبان منها أحد عشر فقال :

(قوله لايصدق) هذا خلاف ماعليه العامة كما قدمناه عن البحر (قوله وفتاوى قارى الهداية) عبارتها : سئل إذا كتب شخص ورقة بخطه أن فى ذمته لشخص كذا ثم ادعى عليه فجحد المبلغ واعترف بخطه ولم يشهد عليه : أجاب إذا كتب على رسم الصكوك يلزم المال ، وهو أن يكتب يقول : فلان بن فلان الفلانى إن فى ذمته لفلان ابن فلان الفلانى كذا وكذا فهو إقرار يلزم به وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اهـ . ثم أجاب عن سؤال آخر نحوه بقوله إذا كتب إقراره على الرسم المتعارف بحضرة الشهود فهو معتبر فيسع من شاهد كتابته أن يشهد عليه إذا جحده إذا عرف الشاهد ماكتب أو قرأه عليه : أما إذا شهدوا أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته لا يحكم بذلك اهـ :

وحاصل الجوابين أن الحق يثبت باعترافه بأنه خطه أو بالشهادة عليه بذلك إذا عاينوا كتابته أو إقراءه عليهم وإلا فلا ، وهذا إذا كان معنونا . ثم لايخفى أن هذا لايخالف مافى المتن ، نعم يخالف مافى البحر عن البزازية فى تعليل المسألة بقوله لأنه لايزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته ، لكن ليس على هذا المال وثمة لايجب كذا هنا . وقد يوفق بينهما بحمله على ماإذا لم يكن معنونا ، لكن هو قول القاضى النسفى كمافى البزازية ، وقدقدمنا أنه خلاف ماعليه العامة (قوله مالم يشهد عليه) أى مالم يقل له الشاهد اشهد على شهادتى (قوله تصوير صدر الشريعة) حيث قال : سمع رجل أداء الشهادة عند القاضى لم يسغ له أن يشهد على شهادته ح (قوله وقولهم) عطف على تصوير ووجه المخالفة الإطلاق وعدم تقييد الاشتراط بما إذا كانت عند غير القاضى (قوله وقبول التحميل) فلو أشهده عليها فقال لا أقبل لايصير شاهدا ، حتى لو شهد بعد ذلك لا يقبل قنية ، وينبغى أن يكون هذا على قول محمد من أنه توكيل وللوكيل أن لا يقبل . وأما على قولهما من أنه تحميل فلا يبطل بالرد لأن من حمل غيره شهادة لم تبطل بالرد بحر (قوله بعد المدة) أى بعد أن حبسه القاضى مدة يعلم من حاله أنه او كان له مال لقضى دينه ولم يصبر على ذل الحبس كما تقدم مدنى (قوله فشهادة إجماعا) الأحسن مافى البحر حيث قال : وقيدنا بتزكية السر للاحتراز عن تزكية العلانية فإنه يشترط لها جميع مايشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك إلا لفظ الشهادة إجماعا ، لأن معنى الشهادة فيها أظهر فإنها تختص بمجلس القضاء ، وكذا يشترط العدد فيها على ماقاله الخصاف اهـ :

وفى البحر أيضا : وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنا فلابد فى المزكى فيها من أهلية الشهادة والعدد الأربعة إجماعا ، ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود ، ومقتضى ماقالوه اشتراط رجلين لها اهـ (قوله والخصم) أى المدعى أو المدعى عليه كما فى الفتح (قوله إلى المزكى) وكذا من المزكى إلى القاضى فتح (قوله وجاز تزكية الخ) وكذا تزكية المرأة والأعمى ، بخلاف ترجمتهما كمافى البحر (قوله ووالد) اولد . زاد فى البحر : وعكسه : والعبد

ويقبل عدل واحد فى تقوّم ❊ وجرح وتعديل وأرش يقدر
وترجمة والسلم هل هو جيد ❊ وإفلاسه الإرسال والعيب يظهر
وصوم على مامر أو عند علة ❊ وموت إذا للشاهدين يخبر

(والتزكية للذمى) تكون (بالأمانة فى دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة) فإن لم يعرفه المسلمون سألوا عنه عدول المشركين اختيار . وفى الملتقط : عدل نصرانى ثم أسلم قبلت شهادته ، ولو سكر الذمى لاتقبل (ولا يشهد من رأى خطه ولم يذكرها) أى الحادثة (كذا القاضى والراوى) لمشابهة الخط للخط ، وجوزاه لو فى حوزه ، وبه نأخذ بحر عن المبتغى (ولا) يشهد أحد (بما لم يعاينه) بالإجماع (إلا فى) عشرة على مافى شرح الوهبانية : منها العتق والولاء عند الثانى والمهر على الأصح بزازية و (النسب والموت

لمولاه وعكسه ، والمرأة والأعمى ، والمحدود فى قذف إذا تاب ، وأحد الزوجين للآخر (قوله تقوّم) أى تقوم الصيد والمتلفات (قوله هو جيد) أى المسلم فيه كذا فى الهامش (قوله وإفلاسه) يعنى إذا أخبر القاضى بإفلاس المحبوس بعد مضى مدة الحبس أطلقه حموى على الأشباه كذا فى الهامش (قوله والعيب يظهر) أى فى إثبات العيب الذى يختلف فيه البائع والمشترى (قوله على مامر) أى من رواية الحسن من قبول خبر الواحد بلا علة (قوله وموت) أى موت الغائب (قوله يخبر) أى إذا شهد عدل عند رجلين على موت رجل وسعهما أن يشهدا على موته والثانية عشر قول أمين القاضى : إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورها كما فى دعوى القنية أشباه مدنى (قوله وفى الملتقط الخ) وفى الخانية : صبى احتلم لا أقبل شهادته مالم أسأل عنه ، ولابد أن يتأنى بعد البلوغ بقدر مايقع فى قلوب أهل مسجده ومحلته كما فى الغريب أنه صالح أو غيره اه وفرق فى الظهيرية بينهما بأن النصرانى كان له شهادة مقبولة قبل إسلامه بخلاف الصبى ، وهو يدل على أن الأصل عدم العدالة بحر (قوله ولم يذكرها) وهذا قولها . وقال أبو يوسف : يحل له أن يشهد . وفى الهداية محمد مع أبى يوسف ؛ وقيل لاخلاف بينهم فى هذه المسألة أنهم متفقون على أنه لايحل له أن يشهد فى قول أصحابنا جميعا إلا أن يتذكر الشهادة ، وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجد القاضى شهادة فى ديوانه لأن مافى قمطره تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة فى الصك لأنها فى يد غيره ، وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذى كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت كذا فى الهداية . وفى البزدوى : الصغير إذا استيقن أنه خطه وعلم أنه لم يزد فيه شىء بأن كان مخبوءا عنده وعلم بدليل آخر أنه لم يزد فيه ، لكن لايحفظ ماسمع ، فعندهما لايسعه أن يشهد ، وعند أبى يوسف يسعه ، وما قاله أبو يوسف هو المعمول به . وقال فى التقويم : قولها هو الصحيح جوهرة (قوله عن المبتغى) قدمنا فى كتاب القاضى عن الخزانة أن يشهد وإن لم يكن الصك فى يد الشاهد لأن التغيير نادر وأثره يظهر فراجعه ، ورجح فى الفتح ما ذكره الشارح وذكر له حكاية تؤيده (قوله إلا فى عشرة) كلها مذكورة هنا متنا وشرحا آخرها قول المتن ومن فى يده شىء ح . وفى الطبقات السنية للتميمى فى ترجمة إبراهيم ابن إسحق من نظمه :

افهم مسائل ستة واشهد بها ❊ من غير رؤياها وغير وقوف
نسب وموت والولاد وناكح ❊ وولاية القاضى وأصل وقوف اه

(قوله والنسب) قال فى فتاوى قارى الهداية : لو أن رجلا نزل بين ظهرانى قوم وهم لايعرفونه وقال أنا فلان بن فلان ، قال محمد رضى الله عنه : لايسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يلقوا من أهل بلده رجلين يشهدان عندهم على نسبه ، قال الخصاف وهو الصحيح اه كذا فى الهامش (قوله والموت) قال فى الثانى عشر من جامع

والنكاح والدخول) بزوجته (وولاية القاضى وأصل الوقف) وقيل وشرائطه على المختار كما مر فى بابه (و) أصله (هو كل ماتعلق به صحته وتوقف عليه) وإلا فمن شرائطه (فله الشهادة بذلك إذا أخبره بها) بهذه الأشياء (من يثق) الشاهد (به) من خبر جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب بلا شرط عدالة أو شهادة عدلين إلا فى الموت، فيكفى العدل ولو أنثى وهو المختار ملتقى وفتح، وقيده شارح الوهبانية بأن لايكون المخبر منهما كوارث وموصى له (ومن فى يده شىء سوى رقيق) علم رقه و (يعبر عن نفسه) وإلا فهو كمتاع فـ (لك أن تشهد به (أنه له إن وقع فى قلبك ذلك) أى أنه ملكه (وإلا لا) ولو عاين القاضى ذلك جاز له القضاء به بزازية: أى إذا ادعاه المالك وإلا لا (وإن فسر) الشاهد (للقاضى أن شهادته بالتسامع أو بمعاينة اليد ردت) على الصحيح (إلا فى الوقف والموت إذا) فسر أو (قالا فيه أخبرنا من نثق به) تقبل (على الأصح) خلاصة، بل فى العزمية عن الخانية: معنى التفسير أن يقولا شهدنا لأنا سمعنا من الناس، أما لو قالا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت

الفصولين: شهد أحد العدلين بموت الغائب والآخر بحياته فالمرأة تأخذ بقول من يخبر بموته وتمامه فيه اهـ كذا فى الهامش وفيه: إذا لم يعاين الموت إلا واحد لايقضى به وحده، ولكن لو أخبر به عدلا مثله فإذا سمع منه حل له أن يشهد بموته فيشهدان فيقضى جامع الفصولين. وفيه: ولو جاء خبر بموت رجل من أرض أخرى وصنع أهله مايصنع على الميت لم يسع لأحد أن يشهد بموته إلا من شهد موته أو سمع من شهد موته لأن مثل هذا الخبر قد يكون كذا جامع الفصولين اهـ (قوله والنكاح) قال فى جامع الفصولين: الشهادة بالسماع من الخارجين من بين جماعة حاضرين فى بيت عقد النكاح بأن المهر كذا يقبل لا ممن سمع من غيرهم اهـ كذا فى الهامش (قوله وولاية القاضى) ويزاد الوالى كما فى الخلاصة والبزازية (قوله وشرائطه) المراد من الشرائط أن يقولوا إن قدرا من الغلة لـكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة بحر (قوله كما مر) أى فى كتاب الوقف، وقدمنا هناك تحقيقه (قوله عدلين) يعنى ومن فى حكمهما وهو عدل وعدلتان كما فى الملتقى (قوله إلا فى الموت) قال فى جامع الفصولين: شهدا أن أباه مات وتركه ميراثا له إلا أنهما لم يدركا الموت لاتقبل لأنهما شهدا بملك للميت بسماع لم تجز اهـ (قوله ومن فى يده الخ) فى عد هذه من العشرة نظر ذكره فى الفتح والبحر (قوله علم رقه) صوابه لم يعلم رقه كما هو ظاهر لمن تأمل مدنى (قوله لك أن تشهد الخ) قال فى البحر: ثم اعلم أنه إنما يشهد بالملك لذى اليد بشرط أن لايخبره عدلان بأنه لغيره، فلو أخبره لم تجز له الشهادة بالملك كما فى الخلاصة اهـ (قوله ذلك) قال فى الشرنبلالية: إذا رأى إنسان درة ثمينة فى يد كناس أو كتابا فى يد جاهل ليس فى آبائه من هو أهله لايسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لايكفى اهـ مدنى (قوله إذا ادّعاه) أشار إلى التوفيق بينه وبين مافى الزيلعى كما أوضحه فى البحر (قوله أو بمعاينة اليد) أى بأن يقول لأنى رأيته فى يده يتصرف فيه تصرف الملاك جامع الفصولين. وفى الظهيرية: من الشهرة الشرعية أن يشهد عنده عدلان أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة من غير استشهاد ويقع فى قلبه أن الأمر كذلك اهـ مثله فى جامع الفصولين (قوله على الأصح) انظر ماكتبناه فى كتاب الوقف فى فصل يراعى شرط الواقف نقلا عن مجموعة شيخ مشايخنا منلا على، فإنه صحح عدم القبول تعويلا على مافى عامة المتون وغيرها، وأن مافى المتون مقدم على الفتاوى وبه أفتى الرملى ومفتى دار السلطنة على أفندى (قوله خلاصة) كتبت فيما مر تأييده (قوله سمعنا من الناس الخ) قال فى الخانية: شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لاتقبل شهادتهم:

أقول: بقى لو قال: أخبرنى من أثق به، وظاهر كلام الشارح أنه ليس من التسامع، لكن فى البحر عن الينابيع أنه منه، ولو شهدا على موت رجل فإما أن يطلقا فتقبل أو قال لم نعاين موته وإنما سمعنا من الناس،

فى الكل وصححه شارح الوهبانية وغيره اه .

باب القبول وعدمه

أى من يجب على القاضى قبول شهادته ومن لا يجب لا من يصح قبولها ، أو لا يصح لصحة الفاسق مثلا كما حققه المصنف تبعا ليعقوب باشا وغيره .

(تقبل من أهل الأهواء) أى أصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر ورفض وخروج وتشبيه وتعطيل ، وكل منهم اثنا عشر فرقة فصاروا اثنين وسبعين (إلا الخطابية) صنف من الروافض يرون الشهادة لشيعتهم ولكل من حلف أنه محق فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب ولم يبق لمذهبهم ذكر بحر (و) من (الذمى) لو عدلا فى دينهم جوهرة (على مثله) إلا فى خمس مسائل

فإن لم يكن موته مشهورا فلا تقبل بلا خلاف ، وإن كان مشهورا ذكر فى الأصل أنه تقبل . وقال بعضهم : لا تقبل وبه أخذ الصدر الشهيد . وفى العناية هو الصحيح ، وإن قالا نشهد أنه مات أخبرنا بذلك من شهد موته ممن يوثق به جازت . وقال بعضهم : لا تجوز حامدية (قوله فى الكل) أى فيما يجوز فيه الشهادة بالسماع كما فى الخانية كذا فى الهامش .

باب القبول وعدمه

(قوله أى من يجب الخ) قال فى البحر : والمراد من يجب قبول شهادته على القاضى ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح ، لأن ممن ذكره ممن لا تقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح ، بخلاف العبد والصبى والزوجة والولد والأصل ، لكن فى خزانة المفتين : إذا قضى بشهادة الأعمى والمحدود فى القذف إذا تاب أو بشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه أو بشهادة الوالد لولده أو عكسه نفذ حتى لا يجوز للثانى إبطاله ، وإن رأى بطلانه فالمراد من عدم القبول عدم حله . وذكر فى منية المفتى اختلافا فى النفاذ بشهادة المحدود بعد التوبة اهـ (قوله لصحة الفاسق) أى شهادته (قوله مثلا) إنما قال مثلا ليشمل الأعمى (قوله تقبل الخ) أى لا قبولا عاما على المسلمين وغيرهم بل المراد أصل القبول ، فلا ينافى أن بعضهم كفار وإنما تقبل شهادتهم لأن فسقهم من حيث الاعتقاد ، وما أوقعهم فيه إلا التعمق والغلو فى الدين ، والفاسق إنما ترد شهادته بتهمة الكذب مدنى (قوله لا تكفر) فمن وجب إكفاره منهم فالأكثر على عدم قبوله كما فى التقرير . وفى المحيط البرهانى : وهو الصحيح ، وما ذكر فى الأصل محمول عليه بحر . وفيه عن السراج : وأن لا يكون ماجنا ، ويكون عدلا فى تعاطيه . واعترضه بأنه ليس مذكورا فى ظاهر الرواية ، وفيه نظر فإنه شرط فى السنى ، فما ظنك فى غيره تأمل (قوله ولكل من حلف أنه محق فردهم الخ) الأولى التعبير بالراء كما فى الفتح بدل الواو ، وهذا قول ثان فى تفسيرهم كما فى البحر وشرح ابن الكمال ، نعم فى شرح المجمع كما هنا حيث قال : هم صنف من الروافض ينسبون إلى أبى الخطاب محمد بن أبى وهب الأجدع الكوفى يعتقدون جواز الشهادة لمن حلف عندهم أنه محق ، ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا ويعتقدون أن الشهادة واجبة لشيعتهم سواء كان صادقا أو كاذبا اهـ . وفى تعريفات السيد الشريف ما يفيد أنهم كفار ، فإنه قال ما نصه : قالوا الأئمة الأنبياء وأبو الخطاب نبى ، وهؤلاء يستحلون شهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم وقالوا الجنة نعيم الدنيا كالنار آلامها (قوله بل لتهمة الخ) ومن التهمة المانعة أن يجر الشاهد بشهادته إلى نفسه نفعا أو يدفع عن نفسه مغرما خانية ، فشهادة الفرد ليست مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه هداية ، كذا فى الهامش (قوله ومن الذمى الخ) قال فى فتاوى الهندية : مات وعليه

على مافى الأشباه وتبطل بإسلامه قبل القضاء ، وكذا بعده لو بعقوبة كقود بحر (وإن اختلفا ملة) كاليهود والنصارى (و) الذمى (على المستأمن لاعكسه) ولا مرتد على مثله فى الأصح (وتقبل منه على) مستأمن (مثله مع اتحاد الدار) لأن اختلاف داريهما يقطع الولاية كما يمنع التوارث (و) تقبل من عدو بسبب الدين (لأنها من التدين) بخلاف الدنيوية فإنه لايأمن من التقول عليه كما سيجىء ؛ وأما الصديق لصديقه فتقبل إلا إذا كانت الصداقة متناهية بحيث يتصرف كل فى مال الآخر فتاوى المصنف معزيا لمعين الحكام (و) من (مرتكب صغيرة) بلا إصرار (إن اجتنب الكبائر) كلها وغلب صوابه على صغائره درر وغيرها قال : وهو معنى العدالة . وفى الخلاصة : كل فعل يرفض المروءة والكرم كبيرة ، وأقره ابن الكمال : قال : ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته (و) من (أقلف) لو لعذر وإلا لا وبه نأخذ

دين لمسلم بشهادة نصرانى ودين لنصرانى بشهادة نصرانى ، قال أبو حنيفة رحمه الله ومحمد وزفر : يبدىء بدين المسلم ؛ فإن فضل شىء كان ذلك للنصرانى هكذا فى المحيط اه كذا فى الهامش (قوله على مافى الأشباه) وهى ما إذا شهد نصرانيان على نصرانى أنه قد أسلم حيا كان أو ميتا فلا يصلى عليه ، بخلاف ما إذا كانت نصرانية كما فى الخلاصة ، وما إذا شهدا على نصرانى ميت بدين وهو مديون مسلم ، وما إذا شهدا عليه بعين اشتراها من مسلم ، وما إذا شهد أربعة نصارى على نصرانى أنه زنى بمسلمة إلا إذا قالوا استكرهها فيحد الرجل وحده كما فى الخانية ، وما إذا ادعى مسلم عبدا فى يد كافر فشهد كافران أنه عبده قضى به فلان القاضى المسلم له كذا فى الأشباه والنظائر مدنى (قوله بإسلامه) أى إسلام المشهود عليه (قوله منه) أى من المستأمن ، قيد به لأنه لايتصور غيره ، فإن الحربى لو دخل بلا أمان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على أحد فتح (قوله مع اتحاد الدار) أى بأن يكونا من أهل دار واحدة ، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لم تقبل هداية ، ولا يخفى أن الضمير فى كانوا للمستأمنين فى دارنا ، وبه ظهر عدم صحة مانقل عن الحموى من تمثيله لاتحاد الدار بكونهما فى دار الإسلام وإلا لزم توارثهما حينئذ وإن كانا من دارين مختلفين . وفى الفتح : وإنما تقبل شهادة الذمى على المستأمن وإن كانا من أهل دارين مختلفين لأن الذمى بعقد الذمة صار كالمسلم ، وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمى (قوله على صغائره) أشار إلى أنه كان ينبغى أن يزيد وبلا غلبة ،قال ابن الكمال : لأن الصغيرة تأخذ حكم الكبيرة بالإصرار ، وكذا بالغلبة على ما أفصح عنه فى الفتاوى الصغرى حيث قال : العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته ، وفى الصغائر العبرة للغلبة أو الإصرار على الصغيرة فتصير كبيرة ولذا قال وغلب صوابه اه . قال فى الهامش : لاتقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة والشرب وإن لم يشرب ، هكذا فى المحيط فتاوى هندية . وفيها : والفاسق إذا تاب لاتقبل شهادته مالم يمض عليه زمان يظهر عليه أثر التوبة : والصحيح أن ذلك مفوض إلى رأى القاضى اه (قوله وفى الخلاصة الخ) قال فى الأقضية : والذى اعتاد الكذب إذا تاب لاتقبل شهادته ذخيرة ، وسيذكره الشارح (قوله كبيرة) الأصح أنها كل ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين كما بسطه القهستانى وغيره كذا فى شرح الملتقى : وقال فى الفتح : وما فى الفتاوى الصغرى : العدل من يجتنب الكبائر كلها ، حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته : وفى الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ، ونقله عن أدب القضاء لعصام وعليه المعول ، غير أن الحاكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط فى شرب المحرم والسكر الإدمان ، والله سبحانه أعلم اه (قوله سقطت عدالته) وتعود إذا تاب ، لكن قال فى البحر : وفى الخانية الفاسق إذا تاب لاتقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر التوبة ، ثم بعضهم قدره بستة أشهر ، وبعضهم قدره بسنة ، والصحيح أن ذلك مفوض

بحر والاستهزاء بشيء من الشرائع كفر ابن كمال (وخصى) وأقطع (وولد الزنا) ولو بالزنا خلافا لمالك (وخنثى) كأنثى لو مشكلا وإلا فلا إشكال (وعتيق لمعتقه وعكسه) إلا لتهمة لما فى الخلاصة شهدا بعد عتقهما أن الثمن كذا عند اختلاف بائع ومشتر لم تقبل لجر النفع بإثبات العتق (ولأخيه وعمه ومن محرم رضاعا أو مصاهرة) إلا إذا امتدت الخصومة وخاصم معه على مافى القنية . وفى الخزانة : تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل لو عدولا (ومن كافر على عبد كافر مولاه مسلم أو) على وكيل (حر كافر موكله مسلم لا) يجوز (عكسه) لقيامها على مسلم قصدا وفى الأول ضمنا (و) تقبل (على ذمى ميت وصيه مسلم إن لم يكن عليه دين لمسلم).

إلى رأى القاضى والمعدل . وفى الخلاصة : ولو كان عدلا فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اه وقدمنا أن الشاهد إذا كان فاسقا سرا لاينبغى أن يخبر بفسقه كى لايبطل حق المدعى وصرح به فى العمدة أيضا اه .

[فائدة] من اتهم بالفسق لاتبطل عدالته ، والمعدل إذا قال للشاهد هو متهم بالفسق لاتبطل عدالته خانية (قوله بحر) مثله فى التاترخانية (قوله كفر) أشار إلى فائدة تقييده فى الهداية بأن لايترك الختان استخفافا بالدين : وفى البحر عن الخلاصة والمختار أن أول وقته سبع وآخره اثنتا عشرة (قوله وخصى) لأن حاصل أمره أنه مظلوم ، نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع . وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصى على قدامة بن مظعون ، رواه ابن أبى شيبة منح (قوله وأقطع) لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل فى سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فقبل شهادته » منح (قوله بالزنا) أى ولو شهد بالزنا على غيره تقبل . قال فى المنح : وتقبل شهادة ولد الزنا لأن فسق الأبوين لايوجب فسق الولد ككفرهما ، أطلقه فشمل ما إذا شهد بالزنا أو بغيره خلافا لمالك فى الأول اه مدنى (قوله كأنثى) فيقبل مع رجل وامرأة فى غير حد وقود (قوله بإثبات العتق) تقدم أنه لاتحالف بعد خروج المبيع عن ملكه إلى آخر مامر فى التحالف فراجعه ، وقوله العتق لأنه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضى لإبطال العتق منح (قوله ومن محرم رضاعا) قال فى الأقضية : تقبل لأبويه من الرضاع ولمن أرضعته امرأته ولأم امرأته وأبيها بزازية من الشهادة فيما تقبل وفيما لاتقبل اه : وتقبل لأم امرأته وأبيها ولزوج ابنته ولامرأة ابنه ولامرأة أبيه ولأخت امرأته اه كذا فى الهامش عن الحامدية مغزيا للخلاصة (قوله امتدت الخصومة) أى سنتين منح (قوله لو عدولا) قال فى المنح عن البحر : وينبغى حمله على ما إذا لم يساعد المدعى فى الخصومة أو لم يكثر ذلك توفيقا اه : ووفق الرملى بغيره حيث قال : مفهوم قوله لو عدولا أنهم إذا كانوا مستورين لاتقبل وإن لم تمتد الخصومة للتهمة بالمخاصمة ، وإذا كانوا عدولا تقبل لارتفاع التهمة مع العدالة ؛ فيحمل مافى القنية على ما إذا لم يكونوا عدولا توفيقا ، وما قلناه أشبه لأن المعتمد فى باب الشهادات العدالة (قوله على ذمى ميت) نصرانى مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهودا من النصارى على ألف على الميت وأقام نصرانى آخرين كذلك فالألف المتروكة للمسلم عنده وعند أبى يوسف يتحاصان ، والأصل أن القبول عنده فى حق إثبات الدين على الميت فقط دون إثبات الشركة بينه وبين المسلم وعلى قول الثانى فى حقهما ذخيرة ملخصا وبه ظهر أن قبولها على الميت مقيد بما إذا لم يكن عليه دين لمسلم ، نعم هو قيد لإثباتها الشركة بينه وبين المدعى الآخر فإذا كان الآخر نصرانيا أيضا يشاركه وإلا فالمال للمسلم ، إذ لو شاركه لزم قيامها على المسلم ، وظهر أيضا أن المصنف ترك قيدا لابد منه وهو ضيق التركة عن الدينين وإلا فلا يلزم قيامها على المسلم كما لايخفى ، هذا ماظهر لى بعد التنقير التام حتى ظفرت بعبارة الذخيرة ، فاغتنم هذا التحرير وادع لى . وفى حاشية الرملى على البحر عن المنهاج لأبى حفص العقيلى : نصرانى مات فجاء مسلم ونصرانى وأقام كل واحد منهما البينة أن له على الميت دينا ، فإن كان شهود الفريقين ذميين أو شهود النصرانى ذميين بدئ بدين المسلم ، فإن فضل شيء

بحر . وفى الأشباه : لاتقبل شهادة كافر على مسلم إلا تبعا كما مر أو ضرورة فى مسألتين : فى الإيصاء . شهد كافران على كافر أنه أوصى إلى كافر وأحضر مسلما عليه حق للميت : وفى النسب شهدا أن النصرانى ابن الميت فادعى على مسلم بحق وهذا استحسان ووجهه فى الدرر (والعمال) للسلطان (إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم) فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كرئيس القرية والجابى والصراف والمعرفين فى المراكب والعرفاء فى جميع الأصناف ومحضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك وضمان الجهات كمقاطعة سوق النخاسين حتى حل لعن الشاهد لشهادته على باطل فتح وبحر. وفى الوهبانية : أمير كبير ادعى فشهد له عماله ونوابه ورعاياهم لاتقبل كشهادة المزارع لرب الأرض ، وقيل أراد بالعمال المحترفين : أى بحرفة لائقة به وهى حرفة آبائه وأجداده وإلا فلا مروءة له لو دنيئة ، فلا شهادة له لما عرف فى حد العدالة فتح وأقره المصنف (لا) تقبل

صرف إلى دين النصرانى ، وروى الحسن عن أبى يوسف أنه يجعل بينهما على مقدار دينهما ، قيل إنه قول أبى يوسف الأخير ، وإن كان شهود الفريقين مسلمين أو شهود الذمى خاصة مسلمين فالمال بينهما فى قولهم اهـ (قوله بحر) عبارته : فإن كان فقد كتبناه عن الجامع .اهـ . والذى كتبه هو قوله نصرانى مات عن مائة ، فأقام مسلم شاهدين عليه بمائة ومسلم ونصرانى بمثله فالثلثان له والباقى بينهما والشركة لاتمنع لأنها بإقراره اهـ : ووجهه أن الشهادة الثانية لاتثبت للذمى مشاركته مع المسلم كما قدمناه ، ولكن المسلم لما ادعى المائة مع النصرانى صار طالبا نصفها والمنفرد يطالب كلها فتقسم عولا ، فالمدعى الكل الثلثان لأن له نصفين ، وللمسلم الآخر الثلث لأن له نصفا فقط ، لكن لما ادعاه مع النصرانى قسم الثلث بينهما وهذا معنى قوله والشركة لاتمنع لأنها بإقراره ، وانظر ماسنذكر أول كتاب الفرائض عند قوله ثم تقدم ديونه (قوله كما مر) أى قريبا (قوله فى مسألتين) حمل القبول فيهما فى الشرنبلالية بحثا على ما إذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين منكرا للوصاية والنسب ، وأما لو كان منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذميين عليه (قوله وأحضر) أى الوصى (قوله ابن الميت) أى النصرانى (قوله على مسلم) أو قام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهذا استحسان : ووجهه الضرورة لعدم حضور المسلمين موتهم ولا نكاحهم كذا فى الدرر كذا فى الهامش (قوله بحق) أى ثابت كذا فى الهامش (قوله كرئيس القرية) قال فى الفتح : وهذا المسمى فى بلادنا شيخ البلد ، وقدمنا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلما ، فعلى هذا تقبل شهادته اهـ (قوله النخاسين) جمع نخاس من النخس وهو الطعن ، ومنه قيل لدلال الدواب نخاس (قوله وقيل) هذا ممكن فى مثل عبارة الكنز فإنه لم يقل إلا إذا كانوا أعوانا الخ (قوله المحترفين) فيكون فيه رد على من رد شهادة أهل الحرف الخسيسة : قال فى الفتح : وأما أهل الصناعات الدنيئة كالقنوانى والزبال والحائك والحجام فقيل لاتقبل ، والأصح أنها تقبل لأنه قد تولاها قوم صالحون ، فما لم يعلم القادح لايبنى على ظاهر الصناعة وتمامه فيه فراجعه (قوله وإلا الخ) أى بأن كان أبوه تاجرا واحترف هو بالحياكة أو الحلاقة أو غير ذلك لارتكابه الدناءة كذا فى الهامش (قوله فتح) لم أره فى الفتح بل ذكره فى البحر بصيغة ينبغى : وقال الرملى : فى هذا التقييد نظر يظهر لمن له نظر فتأمل : أى فى التقييد بقوله بحرفة لائقة الخ . ووجهه أنهم جعلوا العبرة للعدالة لا للحرفة ، فكم من دنىء صناعة أتقى من ذى منصب ووجاهة على أن الغالب أنه لايعدل عن حرفة أبيه إلى أدنى منها إلا لقلة ذات يده أو صعوبتها عليه ولاسيما إذا علمه إياها أبوه أو وصيه فى صغره ولم يتقن غيرها فتأمل : وفى حاشية أبى السعود : فيه نظر لأنه مخالف لما قدمه هو قريبا من أن صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة إذا كان عدلا فى الصحيح اهـ :

(من أعمى) أى لايقضى بها ، ولو قضى صح ، وعم قوله (مطلقا) مالو عمى بعد الأداء قبل القضاء وما جاز بالسماع خلافا للثانى ، وأفاد عدم قبول الأخرس مطلقا بالأولى (ومرتد ومملوك) ولو مكاتبا أو مبعضا (وصبى) ومغفل ومجنون (إلا)

قلت : ويدفع بأن مراده أن عدوله عن حرفة أبيه إلى أدنى منها دليل على عدم المروءة ، وإن كانت حرفة أبيه دنيئة ، فينبغى أن يقال هو كذلك إن عدلا بلا عذر تأمل (قوله من أعمى) إلا فى رواية زفر عن أبى حنيفة فيما يجزى فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه باقانى على الملتقى كذا فى الهامش (قوله أى لا يقضى بها) خلافا لأبى يوسف فيما إذا تحمله بصيرا فإنها تقبل لحصول العلم بالمعاينة ، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما فى الشهادة على الميت . ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتمييز الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص اه . باقانى على الملتقى كذا فى الهامش (قوله بالسماع) كالنسب والموت (قوله خلافا للثانى) أى فيهما ، واستظهر قوله بالأول صدر الشريعة فقال وقوله أظهر ، لكن رده فى اليعقوبية بأن المفهوم من سائر الكتب عدم أظهريته : وأما قوله بالثانى فهو مروى عن الإمام أيضا . قال فى البحر : واختاره فى الخلاصة ، ورده للرملى بأنه ليس فى الخلاصة مايقتضى ترجيحه واختياره (قوله بالأولى) لأن فى الأعمى إنما تتحقق التهمة فى نسبته وهنا تتحقق فى نسبته وغيرها من قدر المشهود به وأمور أخر كذا فى الفتح ، ونقل أيضا عن المبسوط أنه بإجماع الفقهاء لأن لفظ الشهادة لايتحقق منه وتمامه فيه (قوله ولومكاتبا) والمعتق فى المرض كالمكاتب فى زمن السعاية عند أبى حنيفة ، وعندهما حر مديون .

[تنبيهات] مات عن عم وأمتين وعبدين فأعتقهما العم فشهدا ببنوة أحدهما بعينها أى أنه أقر بها فى صحته لم تقبل عنده لأن فى قبولها ابتداء بطلانها انتهاء لأن معتق البعض كمكاتب لاتقبل شهادته عنده لاعندهما ، ولوشهدا أن الثانية أخت الميت قبل شهادة الأولى أو بعدها ، أو معها لا تقبل بالاجماع ، لأنا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت فيخرج العم عن الوراثة بحر عن المحيط .

أقول : هذا ظاهر عند وجود الشهادتين ، وأما عند سبق شهادة الأختية فالعلة فيها هى علة البنتية فتفقه : وفى المحيط : مات عن أخ لا يعلم له وارث غيره فقال عبدان من رقيق الميت إنه أعتقنا فى صحته وإن هذا الآخر ابنه فصدقهما الأخ فى ذلك لا تقبل فى دعوى الإعتاق لأنه أقر بأنه لا ملك له فيهما بل هما عنده للآخر لإقرار الأخ إنه وارث دونه فتبطل شهادتهما فى النسب ، ولو كان مكان الآخر أنثى جاز شهادتهما وثبت نسبها ويسعيان فى نصف قيمتهما لأنه أقر أن حقه فى نصف الميراث فصح بالعتق لأنه لايتجزأ عندهما إلا أن العتق فى عبد مشترك فتجب السعاية للشريك الساكت : وأقول : عند أبى حنيفة يعتقان كما قالا ، غير أن شهادتهما بالبنتية لم تقبل لأن معتق البعض لا تقبل شهادته فتفقه .

[فائدة] قضى بشهادة فظهروا عبيدا تبين بطلانه ، فلو قضى بوكالة ببينة وأخذ ما على الناس من الديون ثم وجدوا عبيدا لم تبرأ الغرماء ولو كان بمثله فى وصاية برءوا لأن قبضه بإذن القاضى وإن لم يثبت الإيصاء كإذنه لهم فى الدفع إلى أبنه ، بخلاف الوكالة إذ لا يملك الإذن لغريم فى دفع دين الحى لغيره . قال المقدسى : فعلى هذا ما يقع الآن كثيرا من تولية شخص نظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف وشراء وبيع ثم يظهر أنه بغير شرط الواقف أو أن إنهاءه باطل ينبغى أن لا يضمن لأنه تصرف بإذن القاضى كالوصى فليتأمل ، قلت : وتقدم فى الوقف ما يؤيده سائحانى (قوله ومغفل) وعن أبى يوسف أنه قال : إنا نرد شهادة أقوام نرجو شفاعتهم

في حال صحته إلا (أن يتحملا في الرق والتميز وأديا بعد الحرية) ولو لمعتقه كما مر (و) بعد (البلوغ) وكذا بعد إبصار وإسلام وتوبة فسق وطلاق زوجة لأن المعتبر حال الأداء شرح تكملة . وفي البحر : متى حكم برده لعلة ثم زالت فشهد بها لم تقبل إلا أربعة عبد وصبي وأعمى وكافر على مسلم وإدخال الكمال أحد الزوجين مع الأربعة سهو (ومحدود في قذف) تمام الحد وقيل بالأكثر (وإن تاب) بتكذيبه نفسه فتح ، لأن الرد من تمام الحد بالنص والاستئناف منصرف لما يليه وهو وأولئك هم الفاسقون - (إلا أن يحد كافرا) في القذف (فيسلم) فتقبل وإن ضرب أكثره بعد الإسلام على الظاهر بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل (أو يقيم) المحدود (بينة على صدقه) إما أربعة على زناه أو اثنين على إقراره به ، كما لو برهن قبل الحد بحر . وفيه : الفاسق إذا تاب تقبل شهادته إلا المحدود بقذف والمعروف بالكذب وشاهد الزور لو عدلا لا تقبل أبدا ملتقط ، لكن سيجيء ترجيح قبولها (ومسجون في حادثة) تقع في (السجن) وكذا لا تقبل شهادة الصبيان فيما يقع في الملاعب ، ولا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات وإن مست الحاجات لمنع الشرع عما يستحق به السجن وملاعب الصبيان وحمامات النساء ، فكان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع بزازية وصغرى وشرنبلالية ، لكن في الحاوي : تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحمام بحكم الدية كي لا يهدر الدم اهـ فليتنبه عند الفتوى ، وقدمنا قبول شهادة المعلم في حوادث الصبيان (والزوجة لزوجها وهو لها)

يوم القيامة ، معناه أن شهادة المغفل وأمثاله لا تقبل وإن كان عدلا صالحا تاترخانية (قوله في حال صحته) أي وقت كونه صاحيا كذا في الهامش (قوله بعد إبصار) بشرط أن يتحمل وهو بصير أيضا بأن كان بصيرا ثم عمي ثم أبصر فأدى فافهم (قوله زوجة) أي إن لم يكن حكم بردها لما يأتي قريبا (قوله وفي البحر) أي عن الخلاصة (قوله فشهد بها) أي بتلك الحادثة (قوله إلا أربعة) أما ما سوى الأعمى فظاهر لأن شهادتهم ليست شهادة ، وأما الأعمى فلينظر الفرق بينه وبين أحد الزوجين ، ثم رأيت في الشرنبلالية استشكل قبول شهادة الأعمى (قوله عبد الخ) قال في البحر : فعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج والأجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها اهـ .

وذكر في البحر أيضا قبل هذا الباب : اعلم أنه لا يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة ، فالثاني يقبل عند زوال المانع ، بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقا وإليه أشار في النوازل اهـ (قوله وإدخال الخ) مع أنه صرح في صدر عبارته بخلافه ، ومثله في التاترخانية والجوهرة والبدائع (قوله سهو) لأن الزوج له شهادة وقد حكم بردها بخلاف العبد ونحوه تأمل (قوله بتكذيبه) الباء للتصوير تأمل ، ويؤيده ما في الشرنبلالية فراجعها (قوله فتقبل) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالإسلام حدثت شهادة أخرى ، وليس المراد أنها تقبل بعد إسلامه في حق المسلمين فقط بحر (قوله لم تقبل) لأنه لا شهادة للعبد أصلا في حال رقه فيتوقف على حدوثها فإذا حدثت كان رد شهادته بعد العتق من تمام الحد بحر (قوله زناه) أي المقذوف (قوله إذا تاب الخ) قال قاضيخان : الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر أثر التوبة ، ثم بعضهم قدر ذلك بستة أشهر ، وبعضهم قدره بسنة . والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي والمعدل وتمامه هناك . وفي خزانة المفتين ، كل شهادة ردت لتهمة الفسق فإذا دعاها لا تقبل اهـ كذا في الهامش (قوله سيجيء) أي قبيل باب الرجوع عن الشهادة (قوله ترجيح قبولها) وكذا قال في الخانية ، وعليه الاعتماد وجعل الأول رواية عن الثاني (قوله لا إلى الشرع) وقيل في كل ذلك تقبل ، والأصح الأول كذا في القنية جامع الفتاوى (قوله وحدهن) قدم في الوقف أن القاضي لا يمضي قضاء قاض آخر بشهادة النساء وحدهن في شجاج الحمام سائحاني ، ويمكن

وجاز عليها إلا فى مسألتين فى الأشباه (ولو فى عدة من ثلاث) لما فى القنية طلقها ثلاثا وهى فى العدة لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له ، ولو شهد لها ثم تزوجها بطلت خانية ، فعلم منع الزوجية عند القضاء لا تحمل أو أداء (والفرع لأصله) وإن علا إلا إذا شهد الجد لابن ابنه على أبيه أشباه . قال : وجاز على أصله إلا إذا شهد على أبيه لأمه ولو بطلاق ضرتها والأم فى نكاحه ، وفيها بعد ثمان ورقات : لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه إلا فى مسألة القاتل إذا شهد بعفو ولى المقتول فراجعها (وبالعكس) للتهمة (وسيد لعبده ومكاتبه والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنها لنفسه من وجه . فى الأشباه : للخصم أن يطعن بثلاثة : برق وحد وشركة . وفى فتاوى النسفى : لو شهد بعض أهل القرية على بعض منهم بزيادة الخراج لا تقبل مالم يكن خراج كل أرض معينا أو لا خراج للشاهد ، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل ، وكذا أهل سكة يشهدون بشىء من مصالحه لو غير نافذة ، وفى النافذة إن طالب حقا لنفسه لا تقبل ؛ وإن قال لا آخذ شيئا

حمله على القصاص بالشجاج (قوله وجاز عليها الخ) قال فى الأشباه : شهادة الزوج على الزوجة مقبولة إلا بزناها وقذفها كما فى حد القذف ، وفيما إذا شهد على إقرارها بأنها أمة لرجل يدعيها فلا تقبل إلا إذا كان الزوج أعطاها المهر والمدعى يقول : أذنت لها فى النكاح كما فى شهادة الخانية ح كذا فى الهامش (قوله فى الأشباه) وهما فى البحر أيضا (قوله ولو شهد لها الخ) وكذا لو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا قبل أن يقضى بها تاترخانية (قوله ثم تزوجها) أى قبل القضاء (قوله فعلم الخ) الذى يعلم مما ذكره منع الزوجية عند القضاء ، وأما منعها عند التحمل أو الأداء فلم يعلم مما ذكره فلابد من ضميمة ما ذكره فى المنح عن البزازية لو تحملها حال نكاحها ثم أبانها وشهد لها : أى بعد انقضاء عدتها تقبل ، وما ذكره أيضا عن فتاوى القاضى : لو شهد لامرأته وهو عدل فلم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا وانقضت عدتها . روى ابن شجاع رحمه الله أن القاضى ينفذ شهادته .

قال فى البحر : والحاصل أنه لابد من انتفاء التهمة وقت الزوجية ، وأما فى باب الرجوع فى الهبة فهى مانعة منه وقت الهبة لا وقت الرجوع ، فلو وهب لأجنبية ثم نكحها فله الرجوع ، بخلاف عكسه كما سيأتى ، وفى باب إقرار المريض الاعتبار لكونها زوجة وقت الموت لا وقت الوصية اهـ . (قوله والفرع) ولو فرعية من وجه كولد الملاعنة وتمامه فى البحر (قوله إلا إذا شهد الجد) محل هذا الاستثناء بعد قوله وبالعكس إذ الجد أصل لا فرع (قوله ولو بطلاق ضرتها) لأنها شهادة لأمه بحر كذا فى الهامش (قوله والأم فى نكاحه) الواو للحال ، وذكر فى البحر هنا فروعا حسنة فلتراجع (قوله فى مسألة القاتل) وصورته : ثلاثة قتلوا رجلا عمدا ثم شهدوا بعد التوبة أن الولى قد عفا عنا . قال الحسن : لا تقبل شهادتهم إلا أن يقول اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد ، ففى هذا الوجه قال أبو يوسف ، تقبل فى حق الواحد ، وقال الحسن : تقبل فى حق الكل ح كذا فى الهامش ، وانظر ما فى حاشية الفتال عن الحموى والكفيرى (قوله ولو بالعكس[1]) ولو كانت الزوجة أمة بحر (قوله لشريكه) أطلقه فشمل الشركات بأنواعها ، وفى المفاوضة كلام فى البحر فراجعه (قوله من شركتهما) وتقبل فيما ليس من شركتهما فتاوى هندية كذا فى الهامش (قوله أن يطعن بثلاثة الخ) انظر حاشية الرملى على البحر قبيل قوله والمحدود فى قذف اهـ (قوله أو لا خراج للشاهد) أى عليه (قوله على ضيعة) لعله على قطعة كما فى البزازية لكن فى المنح كما هنا . وفى القاموس : الضيعة العقار والأرض المغلة اهـ . وفى الهامش عن الحامدية : شهدوا

---

(١) (قوله ولو بالعكس) هكذا فى النسخة المجموع منها ، ولا وجود لذلك فى نسخ الشارح التى بأيدى اهـ مصححه .

تقبل وكذا فى وقف المدرسة انتهى فليحفظ (والأجير الخاص لمستأجره) مسانهة أو مشاهرة أو الخادم أو التابع أو التلميذ الخاص الذى يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه درر ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لاشهادة للقانع بأهل البيت » أى الطالب معاشه منهم ، من القنوع لامن القناعة ، ومفاده قبول شهادة المستأجر والأستاذ له (ومخنث) بالفتح (من يفعل الردىء) ويؤتى . وأما بالكسر فالتكسر المتلين فى أعضائه وكلامه خلقة فتقبل بحر (ومغنية) ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها درر ، وينبغى تقييده بمداومتها عليه ليظهر عند القاضى كما فى مدمن الشرب على اللهو ذكره الوانى

مع متولى الوقف على آخر أن هذه القطعة الأرض من جملة أراض قريتهم تقبل اه تمرتاشى من الشهادة (قوله لا تقبل) وقيل تقبل مطلقا فى النافذة فتح (قوله وكذا) أى تقبل (قوله المدرسة) أى فى وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهل تلك المدرسة، وكذلك الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبى فى المكتب ، وشهادة أهل المحلة فى وقف عليها ، وشهادتهم بوقف المسجد، والشهادة على وقف المسجد الجامع ، وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا بوقف على أبناء السبيل ، فالمعتمد القبول فى الكل بزازية :

قال ابن الشحنة : ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضى فى وقف تحت نظره أو مستحق فيه اه ، وهذا كله فى شهادة الفقهاء بأصل الوقف : أما شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لم تقبل لأن له حقا فيه فكان متهما ، وقد كتبت فى حواشى جامع الفصولين أن مثله شهادة شهود الأوقاف المقررين فى وظائف الشهادة لما ذكرنا ، وتقريره فيها لا يوجب قبولها : وفائدتها إسقاط التهمة عن المتولى فلا يحلف ، ويقوّيه أن البينة تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك بحر ملخصا فراجعه (قوله انتهى) أى ما فى فتاوى النسفى ونقله عنه فى الفتح آخر الباب (قوله أو مشاهرة) أى أو مياومة هو الصحيح جامع الفتاوى (قوله أو التلميذ الخاص) وفى الخلاصة ، هو الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معلومة ، وتمامه فى الفتح فارجع إليه : وفى الهامش ، ولو شهد الأجير لأستاذه وهو التلميذ الخاص الذى يأكل معه وفى عياله لاتقبل إن لم يكن له أجرة معلومة وإن كان له أجرة معلومة مياومة أو مشاهرة أو مسانهة إن أجير واحد لا تقبل ، وإن أجير مشترك تقبل :

وفى العيون قال محمد رحمه الله تعالى: استأجره يوما فشهد له فى ذلك اليوم القياس أن لاتقبل ، ولو أجير خاص فشهد ولم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل لا تقبل كمن شهد لامرأته ثم طلقها ، ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار قبل القضاء لا تقبل بزازية ، ثم نقل في الهامش فرعا ليس محله هنا ، وهو : بيده ضيعة وادعى آخر أنها وقف وأحضر صكا فيه خطوط العدول والقضاة الماضين وطلب الحكم به ليس للقاضى أن يقضى بالصك لأنه إنما يحكم بالحجة وهى البينة أو الإقرار لا الصك لأن الخط مما يزور ، وكذا لو كان على باب الحانوت لوح مضروب ينطق بوقفية الحانوت لم يجز للقاضى أن يقضى بوقفيته به بجامع الفصولين ، فعلم من ذلك أنه ليس للقاضى أن يحكم بما فى دفتر البياع والصراف والسمسار خصوصا فى هذا الزمان ولا ينبغى الإفتاء به بحرره اه (قوله ومفاده) صرح به فى الفتح جازما به ، لكن فى التاترخانية عن الفتاوى الغياثية ، ولا تجوز شهادة المستأجر للأجير . وفى حاشية الفتال عن المحيط السرخسى. قال أبوحنيفة فى المجرد: لا ينبغى للقاضى أن يجيز شهادة الأجير لأستاذه ولا الأستاذ لأجيره، وهو مخالف لما استنبطه من الحديث (قوله رفع صوتها) فى النهاية فلذا أطلق فى قوله مغنية ، وقيد فى غناء الرجال بقوله للناس وتمامه فى الفتح . وأما الشهادة عليها بذلك فهى جرح مجرد فلذا اختص الظهور عند القاضى بالمداومة تأمل (قوله درر) ما ذكره جار فى النوح بعينه ، فما باله لم يكن مسقطا للعدالة إذا ناحت فى مصيبة

(ونائحه فى مصيبة غيرها) بأجر درر وفتح : زاد العينى : فلو فى مصيبتها تقبل وعلله الوانى بزيادة اضطرارها وانسلاب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوى (وعدو بسبب الدنيا) جعله ابن الكمال عكس الفرع لأصله فتقبل له لا عليه ، واعتمد فى الوهبانية والمحبية قبولها مالم يفسق بسببها . قالوا : والحقد فسق للنهى عنه . وفى الأشباه فى تتمة قاعدة : إذا اجتمع الحرام والحلال ولو العداوة للدنيا لاتقبل سواء شهد على عدوه أو غيره لأنه فسق وهو لايتجزأ . وفى فتاوى المصنف : لاتقبل شهادة الجاهل على العالم لفسقه بترك مايجب تعلمه شرعا فحينئذ لاتقبل شهادته على مثله ولا على غيره ، وللحاكم تعزيره على تركه ذلك : ثم قال : والعالم من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغى (ومجازف فى كلامه) أو يحلف فيه كثيرا أو اعتاد شتم أولاده أو غيرهم لأنه معصية كبيرة كترك زكاة أو حج على رواية فوريته أو ترك جماعة أو جمعة ، أو أكل فوق شبع بلا عذر ، وخروج لفرجة

نفسها سعدية . ويمكن الفرق بأن المراد رفع صوت يخشى منه الفتنة (قوله ونائحة الخ) لا تقبل شهادة النائحة ، ولم يرد به التى تنوح فى مصيبتها وإنما أراد به التى تنوح فى مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة تاترخانية عن المحيط ونقله فى الفتح عن الذخيرة ثم قال : ولم يتعقب هذا من المشايخ أحد فيما علمت ، وتمامه فيه فراجعه (قوله واختيارها) مقتضاه لو فعلته عن اختيارها لا تقبل (قوله وعدو الخ) أى على عدوه ملتقى . قال الحانوتى : سئل فى شخص ادعى عليه وأقيمت عليه بينة فقال : إنهم ضربونى خمسة أيام فحكم عليه الحاكم ثم أراد أن يقيم البينة على الخصومة بعد الحكم فهل تسمع ؟ الجواب: قد وقع الخلاف فى قبول شهادة العدو على عدوه عداوة دنيوية وهذا قبل الحكم ، وأما بعده فالذى يظهر عدم نقض الحكم ، كما قالوا إن القاضى ليس له أن يقضى بشهادة الفاسق ولا يجوز له ، فإذا قضى لا ينقض اه وهو مخالف لما فى اليعقوبية (قوله واعتمد فى الوهبانية الخ) قال فى المنح : وما ذكره هنا فى المختصر من التفصيل فى شهادة العدو تبعا للكنز وغيره هو المشهور على ألسنة فقهائنا وقد جزم به المتأخرون ، لكن فى القنية أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة ، وهو الصحيح وعليه الاعتماد ، واختاره ابن وهبان ، ولم يتعقبه ابن الشحنة ، لكن الحديث شاهد لما عليه المتأخرون اه وتمامه فيها ، وانظر ما كتبناه أول القضاء.

أقول : ذكر فى الخيرية بعد كلام ما نصه فتحصل من ذلك أن شهادة العدو على عدوه لاتقبل وإن كان عدلا وصرح يعقوب باشا فى حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضى بشهادة العدو على عدوه والمسألة دوارة فى الكتب ، وذكر فى الشارح عبارة يعقوب باشا فى أول كتاب القضاء (قوله أو اعتاد شتم أولاده) قال فى الفتح : وقال نصير بن يحيى : من يشتم أهله ومماليكه كثيرا فى كل ساعة لا يقبل وإن كان أحيانا يقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته اه . (قوله كترك زكاة) الصحيح أن تأخير الزكاة لايبطل العدالة : وذكر الخاصى عن قاضيخان أن الفتوى على سقوط العدالة بتأخيرها من غير عذر لحق الفقراء دون الحج خصوصا فى زماننا ، كذا فى شرح النظم الوهبانى منح فى الفروع آخر الباب (قوله أو ترك جماعة) قال فى فتح القدير : منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه فى دين ولا حال ، وإن كان متأولا كأن يكون معتقدا أفضليتها أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك ، وكذا بترك الجمعة من غير عذر ، فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى والأول أوجه اه لكن قدمنا عنه أن الحكم بسقوط العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور تأمل (قوله بلا عذر) احتراز عما إذا أراد التقوى على صوم الغد أو مؤانسة

قدوم أمير وركوب بحر ولبس حرير ، وبول فى سوق أو إلى قبلة أو شمس أو قمر أو طفيلى ومسخرة ورقاص وشتام للدابة وفى بلادنا يشتمون بائع الدابة فتح وغيره . وفى شرح الوهبانية : لاتقبل شهادة البخيل لأنه لبخله يستقصى فيما يتقرض من الناس فيأخذ زيادة على حقه ، فلا يكون عدلا ولا شهادة الأشراف من أهل العراق لتعصبهم ونقل المصنف عن جواهر الفتاوى ، ولا من انتقل من مذهب أبى حنيفة إلى مذهب الشافعى رضى الله تعالى عنه وكذا بائع الأكفان والحنوط لتمنيه الموت ، وكذا الدلال والوكيل لو بإثبات النكاح ، أما لو شهد أنها امرأته تقبل والحيلة أنه يشهد بالنكاح ولا يذكر الوكالة بزازية وتسهيل ، واعتمده قدرى أفندى فى واقعاته ، وذكره المصنف فى إجارة معينة معزيا للبزازية ، وملخصه أنه لا تقبل شهادة الدلالين والصكاكين والمحضرين والوكلاء المفتعلة على أبوابهم ، ونحوه فى فتاوى مؤيد زاده . وفيها وصى أخرج من الوصاية بعدقبولها لم تجز شهادته للميت أبدا ، وكذا الوكيل بعد ما أخرج من الوكالة إن خاصم اتفاقا ، وإلا فكذلك عند أبى يوسف (ومدمن الشرب) لغير الخمر لأن بقطرة منها يرتكب الكبيرة فترد شهادته ، وما ذكره ابن الكمال غلط

الضعيف كما فى الشرنبلالية والفتح (قوله قدوم أمير) إلا أن يذهب للاعتبار فحينئذ لا تسقط عدالته (قوله فيما يتقرض) عبارة غيره يقرض (قوله الأشراف من أهل العراق) أى لأنهم قوم يتعصبون فإذا نابت أحدهم نائبة أتى سيد قومه فيشهد له ويشفع فلا يؤمن أن يشهد له بزور اه وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته بحر كذا فى الهامش (قوله من مذهب أبى حنيفة) أى استخفافا . قال فى القنية من كتاب الكراهية : ليس للعامى أن يتحول من مذهب إلى مذهب ويستوى فيه الحنفى والشافعى ، وقيل لمن انتقل إلى مذهب الشافعى ليزوج له أخاف أن يموت مسلوب الإيمان لإهانته للدين لجيفة قذرة . وفى آخر هذا الباب من المنح : وإن انتقل إليه لقلة مبالاته فى الاعتقاد والجراءة على الانتقال من مذهب إلى مذهب كما يتفق له ويميل طبعه إليه لغرض يحصل له فإنه لا تقبل شهادته اه .

فعلم بمجموع ما ذكرناه أن ذلك غير خاص بانتقال الحنفى وأنه إذا لم يكن لغرض صحيح ، فافهم ولا تكن من المتعصبين فتحرم بركة الأئمة المجتهدين ، وقدمنا هذا البحث مستوفى فى فصل التعزير فارجع إليه (قوله وكذا بائع الأكفان) إذا ابتكر وترصد لذلك جامع الفتاوى وبحر (قوله لتمنيه الموت) وإن لم يتمنه بأن كان عدلا تقبل كذا قيده شمس الأئمة س (قوله وكذا الدلال) أى فيما عقده أو مطلقا لكثرة كذبه (قوله والحيلة الخ) مقتضاه أن من لا تقبل شهادته لعلة يجوز له أن يخفيها ويشهد ، كما إذا كان عبدا للمشهود له أو ابنه أو نحو ذلك فليتأمل (قوله بزازية) عبارتها ، وشهادة الوكيلين أو الدلالين إذا قالا نحن بعنا هذا الشىء أو الوكيلان بالنكاح أو بالخلع إذ قالا نحن فعلنا هذا النكاح أو الخلع لا تقبل ، أما لو شهد الوكيلان بالبيع أو النكاح أنها منكوحته أو ملكه تقبل ، وذكر أبو القاسم ، أنكر الورثة النكاح فشهد رجل قد تولى العقد والنكاح يذكر النكاح ولا يذكر أنه تولاه اه (قوله والوكلاء المفتعلة) أى الذين يجتمعون على أبواب القضاة يتوكلون للناس بالخصومات ح كذا فى الهامش (قوله على أبوابهم) أى القضاة (قوله وفيها) مكرر مع ما يأتى متنا (قوله ومدمن الشرب) الإدمان أن يكون فى نيته الشرب متى وجد . قال شمس الأئمة : يشترط مع هذا أن يخرج سكران ويسخر منه الصبيان أو أن يظهر ذلك للناس ، وكذلك مدمن سائر الأشربة ، وكذا من يجلس مجلس الفجور والمجانة فى الشرب لا تقبل شهادته وإن لم يشرب بزازية كذا فى الهامش (قوله وما ذكره ابن الكمال غلط) حيث قال ومدمن الشراب يعنى شراب الأشربة المحرمة مطلقا على اللهو ، لم يشترط الخصاف فى شرب الخمر الإدمان . ووجهه أن نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة ، وشرط فى شهادة الأصل الإدمان لأنه إذا شرب فى السر لا تسقط

كما حرره فى البحر . قال : وفى غير الخمر يشترط الإدمان لأن شربه صغيرة ، وإنما قال (على اللهو) ليخرج الشرب للتداوى فلا يسقط العدالة لشبهة الاختلاف صدر الشريعة وابن كمال (ومن يلعب بالصبيان) لعدم مروءته وكذبه غالبا كافى (والطيور) إلا إذا أمسكها للاستئناس فيباح إلا أن يجر حمام غيره فلا لأكله للحرام عينى وعناية (والطنبور) وكل لهو شنيع بين الناس كالطنابير والمزامير ، ولم يكن شنيعا نحو الحداء وضرب القصب فلا إلا إذا فحش بأن يرقصوا به خانية لدخوله فى حد الكبائر بحر (ومن يغنى للناس) لأنه يجمعهم على كبيرة هداية وغيرها ، وكلام سعدى أفندى يفيد تقييده بالأجرة فتأمل .

وأما المغنى لنفسه لدفع وحشته فلا بأس به عند العامة عناية ، وصححه العينى وغيره : قال : ولو فيه وعظ وحكمة فجائز اتفاقا ، ومنهم من أجازه فى العرس كما جاز ضرب الدف فيه ، ومنهم من أباحه مطلقا ، ومنهم من كرهه مطلقا اه :

وفى البحر : والمذهب حرمته مطلقا فانقطع الاختلاف، بل ظاهر الهداية أنه كبيرة ولولنفسه وأقره المصنف: قال : ولا تقبل شهادة من يسمع الغناء أو يجلس مجلس الغناء : زاد العينى : أو مجلس الفجور والشراب وإن لم يسكر لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته (أو يرتكب ما يحدّ به) للفسق، ومراده من يرتكب كبيرة قاله المصنف وغيره (أو يدخل الحمام بغير إزار) لأنه حرام (أو يلعب بنرد) أو طاب مطلقا قامر أولا :

عدالته لأن الإدمان أمر آخر وراء الإعلان بل لأن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا الإصرار عليه وذلك بالإدمان : قال فى الفتاوى الصغرى : ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هـذا الحد ما ثبت بنص قاطع إلا إذا دام على ذلك ح كذا فى الهامش (قوله كما حرره فى البحر) حيث قال وذكر ابن الكمال أن شرب الخمر ، ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا بالإصرار عليه بدليل عبارة الفتاوى الصغرى المتقدمة اه .

لكن فى الهامش قال تحت قول الشارح كما حرره فى البحر : أى من أن التحقيق أن شرب قطرة من الخمر كبيرة وإنما شرط المشايخ الإدمان ليظهر شربه عند القاضى اهح (قوله القصب) الذى فى المنح القضيب (قوله بأن يرقصوا) وفى بعض النسخ زيادة كانوا فتأمل . والأوجه أن اسم مغنية ومغن : إنما هو فى العرف لمن كان الغناء حرفته التى يكتسب بها المال وهو حرام ، ونصوا على أن التغنى للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ، وحينئذ فكأنه قال لاتقبل شهادة من اتخذ التغنى صناعة يأكل بها وتمامه فيه فراجعه (قوله وغيره) كابن كمال (قوله قال) أى العينى (قوله جائز اتفاقا) اعلم أن التغنى لإسماع الغير وإيناسه حرام عند العامة ، ومنهم من جوزه فى العرس والوليمة ، وقيل إن كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافى ويصير فصيح اللسان لا بأس . أما التغنى لإسماع نفسه ، قيل لا يكره وبه أخذ شمس الأئمة ، لما روى ذلك عن أزهد الصحابة البراء بن عازب رضى الله عنه : والمكروه على ما يكون على سبيل اللهو ، ومن المشايخ من قال ذلك يكره وبه أخذ شيخ الإسلام بزازية (قوله ضرب الدف فيه) جواز ضرب الدف فيه خاص بالنساء لما فى البحر عن المعراج بعد ذكره أنه مباح فى النكاح وما فى معناه من حادث سرور: قال : وهو مكروه للرجال على كل حال للتشبه بالنساء (قوله فانقطع الاختلاف) فيه كلام ذكرته فى حاشيتى على البحر ، وقد رد السائحانى على صاحب البحر (قوله أويلعب بنرد) أى إذا علم ذلك فتح (قوله أو طاب) نوع من اللعب كذا فى الهامش :

قال فى الفتح : ولعب الطاب فى بلادنا مثله لأنه يرمى ويطرح بلا حساب وإعمال فكر ، وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أولا اه .

أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف شرط واحد من ست فلذا قال (أو يقامر بشطرنج أو يترك به الصلاة) حتى يفوت وقتها (أو يحلف عليه) كثيرا (أو يلعب به على الطريق أو يذكر عليه فسقا) أشباه أو يداوم عليه ذكره سعدى أفندى معزيا للكافى والمعراج (أو يأكل الربا) قيدوه بالشهرة ، ولا يخفى أن الفسق يمنعها شرعا إلا أن القاضى لايثبت ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء بحر فليحفظ (أو يبول أو يأكل على الطريق) وكذا كل ما يخل بالمروءة ، ومنه كشف عورته ليستنجى من جانب البركة والناس حضور وقد كثر فى زماننا فتح (أو يظهر سب السلف) لظهور فسقه ، بخلاف من يخفيه لأنه فاسق مستور عينى . قال المصنف : وإنما قيدنا بالسلف تبعا لكلامهم ؛ وإلا فالأولى أن يقال سب مسلم لسقوط العدالة بسبب المسلم وإن لم يكن من السلف كما فى السراج والنهاية . وفيها : الفرق بين السلف والخلف ، أن السلف الصالح الصدر الأول من التابعين منهم أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه .

والخلف : بالفتح من بعدهم فى الخير ، وبالسكون فى الشر بحر : وفيه عن العناية عن أبى يوسف : لا أقبل شهادة من سب الصحابة وأقبلها ممن تبرأ منهم لأنه يعتقد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب : شهدا أن أباهما أوصى إليه

قلت : ومثله اللعب بالصينية والخاتم فى بلادنا ، وإن تورّع ولم يلعب ولكن حضر فى مجلس اللعب بدليل من جلس مجلس الغناء ، وبه يظهر جهل أهل الورع البارد (قوله أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف) أى اختلاف مالك والشافعى فى قولهما بإباحته ، وهو رواية عن أبى يوسف ، واختارها ابن الشحنة .

أقول : هذه الرواية ذكرها فى المجتبى ولم تشتهر فى الكتب المشهورة ، بل المشهور الرد على الإباحة ، وابن الشحنة لم يكن من أهل الاختيار سائحانى ، وانظر مافى شرح المنظومة المحبية للأستاذ عبد الغنى اه (قوله شرط واحد) أى لحرمته .

والحاصل أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد واحد من خمسة : القمار وفوت الصلاة بسببه وإكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق كما فى فتح القدير ، أو يذكر عليه فسقا كما فى شرح الوهبانية بحر كذا فى الهامش (قوله على الطريق) قال فى الفتح : وأما ماذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلإتيانه الأمور المحقرة اه (قوله أو يداوم عليه) هذا سادس الستة كذا فى الهامش (قوله قيدوه بالشهرة) قيل لأنه إذا لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به ، وهذا أقرب ، ومرجعه إلى ماذكر فى وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان (قوله فالكل سواء) أى كل المفسقات لاخصوص الربا سائحانى (قوله بحر) أصل العبارة للكمال حيث قال : والحاصل أن الفسق فى نفس الأمر مانع شرعا غير أن القاضى لايرتب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء فى ذلك . وقال قبله : وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا أنه بمرة ، وأنت تعلم أنه لابد من الظهور للقاضى لأن الكلام فيما يرد به القاضى الشهادة فكأنه بمرة يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه استنقص من المال اه (قوله أو يأكل على الطريق) أى بأن يكون بمرأى من الناس بحر .

ثم اعلم أنهم اشترطوا فى الصغيرة الإدمان ، وما شرطوه فى فعل مايخلّ بالمروءة فيما رأيت ، وينبغى اشتراطه بالأولى ، وإذا فعل ما يخلّ بها سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقا حيث كان مباحا ، ففاعل المخلّ بها ليس بفاسق ولا عدل ، فالعدل من اجتنب الثلاثة ، والفاسق من فعل كبيرة أو أصرّ على صغيرة ، ولم أر من نبه عليه . وفى العتابية ، ولا تقبل شهادة من يعتاد الصياح فى الأسواق بحر . قال فى النهاية : وأما إذا شرب الماء أو أكل الفواكه على الطريق لايقدح فى عدالته لأن الناس لاتستقبح ذلك منح س (قوله أوصى إليه) أى إلى زيد ،

فإن ادعاه (صحت) صحت شهادتهما استحسانا كشهادة دائنى الميت ومديوليه والموصى لهما وصية لثالث على الإيصاء (وإن أنكر لا) لأن القاضى لايملك إجبار أحد على قبول الوصية عينى (كما) لاتقبل (لو شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر) والفرق أن القاضى لايملك نصب الوكيل على الغائب بخلاف الوصى: (شهد الوصى) أى وصى الميت (بحق للميت) بعد ما عزله القاضى عن الوصاية ونصب غيره أو بعد ما أدرك الورثة (لا تقبل) شهادته للميت فى ماله أوغيره (خاصم أولا) لحلول الوصى محل الميت، ولذا لايملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه، بخلاف الوكيل فلذا قال (ولو شهد الوكيل بعد عزله للموكل إن خاصم) فى مجلس القاضى ثم شهد بعد عزله (لا تقبل) اتفاقا للتهمة (وإلا قبلت) لعدمها خلافا للثانى فجعله

والأولى إظهاره (قوله فإن ادعاه) أى رضى به سعدية وعزمية (قوله والموصى لهما) أورد على هذا أن الميت إذا كان له وصيان فالقاضى لايحتاج إلى نصب آخر. وأجيب بأنه يملكه لإقرارهما بالعجز عن القيام بأمور الميت كذا فى البحر (قوله لثالث) أى لرجل ثالث متعلق بشهادة كقوله على الإيصاء، أى على أن الميت جعله وصيا وهذا مرتبط بالمسائل الأربع لابالأخيرة كما لايخفى فافهم. وفى البحر: ولابد من كون الميت معروفا فى الكل، أى ظاهرا إلا فى مسألة المديونين لأنهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له، فانتفت التهمة وثبت موته بإقرارهما فى حقهما، وقيل معنى الثبوت أمر القاضى إياهما بالأداء إليه لا براءتهما عن الدين بهذا الأداء لأن استيفاءه منهما حق عليهما، والبراءة حق لهما فلا تقبل كذا فى الكافى اهـ ملخصا (قوله على قبول الوصية) ظاهر فى أن الوصى من جهة القاضى خلافا لما فى البحر (قوله كما لاتقبل لو شهدا الخ) هذا إذا كان المطلوب يجحد الوكالة وإلا جازت الشهادة لأنه يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة، وإنما قامت الشهادة لإبراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة فكانت شهادة على أبيهما فتقبل: وفرق بينها وبين من وكل رجلا بالخصومة فى دار بعينها وقبضها وشهد ابنا الموكل بذلك لاتقبل وإن أقر المطلوب بالوكالة لأنه لايجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره بل بالشهادة فكانت لأبيهما فلا تقبل بحر ملخصا عن المحيط (قوله أباهما) أشار إلى عدم قبول شهادة ابن الوكيل مطلقا بالأولى، والمراد عدم قبولها فى الوكالة من كل من لاتقبل شهادته للموكل، وبه صرح فى البزازية بحر (قوله الغائب) قيد به، لأنه لو كان حاضرا لايمكن الدعوى بها ليشهدا لأن التوكيل لاتسمع الدعوى به لأنه من العقود الجائزة، لكن يحتاج إلى بيان صورة شهادتهما فى غيبته مع جحد الوكيل لأنها لاتسمع إلا بعد الدعوى.

ويمكن أن تصور بأن يدعى صاحب وديعة عليه بتسليم وديعة الموكل فى دفعها فيجحد فيشهدان به وبقبض ديون أبيهما، وإنما صورناه بذلك لأن الوكيل لايجبر على فعل ماوكل به إلا فى رد الوديعة ونحوها كما سيأتى فيها بحر، وفيه نظر بيناه فى حاشيته فتدبر (قوله عن الغائب) لعدم الضرورة إليه لوجود رجاء حضوره س: قال فى البحر بعد ذكر الغائب إلا فى المفقود (قوله بعد) وكذا قبله بالأولى، فكان الأولى أن يقول ولو بعد ماعزله القاضى ودلت المسألة على أن القاضى إذا عزل الوصى ينعزل بزازية. ويمكن أن يقال عزله بجنحة (قوله ولو شهد الخ) أصل المسألة فى البزازية حيث قال: وكله بطلب ألف درهم قبل فلان والخصومة فخاصم عند غير القاضى ثم عزل الوكيل قبل الخصومة فى مجلس القضاء ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله يجوز ه وقال الثانى لايجوز بناء على أن نفس الوكيل قام مقام الموكل اهـ فالمراد هنا أنه خاصم فيما وكل به، فإن خاصم فى غيره ففيه تفصيل أشار إليه الشارح فيما يأتى اهـ.

كالوصى سراج . وفى قسامة الزيلعى : كل من صار خصما فى حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل وهذان الأصلان متفق عليهما وتمامه فيه ، قيدنا بمجلس القاضى لأنه لو خاصم في غيره ثم عزله قبلت عندهما كما لو شهد فى غير ما وكل فيه وعليه جامع الفتاوى . وفى البزازية : وكله بالخصومة عند القاضى فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضى ثم عزله فشهد أن لموكله على المطلوب مائة دينار تقبل بخلاف مالو وكله عند غير القاضى وخاصم وتمامه فيها . (ك) ما قبلت عندهما خلافا للثانى (شهادة اثنين بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت) لأن كل فريق يشهد بالدين فى الذمة وهى تقبل حقوقا شتى فلم تقع الشركة له فى ذلك ،

ونقل فى الهامش فرعا هو : ادعى المشترى أنه باعه من فلان وفلان يجحد فشهد له البائع لم تقبل كذا فى المحيط والبائع إذا شهد لغيره بما باع لاتقبل شهادته ، وكذا المشترى كذا في فتاوى قاضيخان فتاوى الهندية اه (قوله كالوصى) بناء على أن عنده بمجرد قبول الوكالة يصير خصما وإن لم يخاصم ، ولهذا لو أقر على موكله فى غير مجلس القضاء نفذ إقراره عليه : وعندهما لايصير خصما بمجرد القبول ولهذا لاينفذ إقراره ذخيرة ملخصا (قوله وفى قسامة الزيلعى الخ) المسألة مبسوطة فى الفصل السادس والعشرين من التتارخانية (قوله متفق عليهما) فيه أن أبا يوسف جعل الوكيل كالوصى وإن لم يخاصم مع أنه بعرضة أن يخاصم (قوله عندهما) أى خلافا للثانى كما تقدم ح (قوله أو عليه) أى أو شهد عليه أى على الموكل (قوله وفى البزازية) بيان لقوله فى غير ماوكل فيه (قوله عند القاضى) متعلق بوكل لا بالخصومة (قوله مائة دينار) أى مال غير الموكل به ، بخلاف مامر (قوله وتمامه فيها) حيث قال : بخلاف مالو وكله عند غير القاضى فخاصم مع المطلوب بألف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب بمائة دينار ، فما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة لايقبل ، لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما فى حقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل ، بخلاف الأول لأن علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصما فى غير ماوكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اه بزيادة من جامع الفتاوى : وزاد فى الذخيرة : إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل شهادتهما عنده اه ولهذا قال فى البزازية بعد مامر : وهذا غير مستقيم فيما يحدث لأن الرواية محفوظة فيما إذا وكله بالخصومة فى كل حق له وقبضه على رجل ، يعنى أنه لايتناول الحادث أما إذا وكله بطلب كل حق له قبل الناس أجمعين فالخصومة تنصرف إلى الحادث أيضا استحسانا فإذا تحمل المذكورة على الوكالة العامة .

ثم قال : والحاصل أنه فى الوكالة العامة بعد الخصومة لاتقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا على غيره فى القائمة ولا فى الحادثة إلا في الواجب بعد العزل اه يعنى وأما فى الخاصة فلا تقبل فيما كان على المطلوب قبل الوكالة وتقبل فى الحادث بعدها أو بعد العزل ، وإنما جاء عدم الاستقامة بالتقييد بقوله بما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة ، ولذا لم يقيد بذلك فى الذخيرة ، بل صرح بعده بأن الحادث تقبل فيه كما قدمناه ، فاغتنم هذا التحرير اه . وذكر فى الهامش عبارة جامع الفتاوى ونصها : لأنه فى الفصل الثانى لما اتصل القضاء بها أى بالوكالة صار الوكيل خصما فى جميع حقوق الموكل على غرمائه ، فإذا شهد بالدنانير فقد شهد بما هو خصم فيه ، وفى الأول : علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصما فكان فى غير ماوكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اه (قوله شهادة اثنين الخ) راجع الفصل الرابع والعشرين من التتارخانية (قوله فى ذلك) أى فيما فى الذمة وإنما تثبت الشركة فى المقبوض بعد القبض . ووجه قول

بخلاف الوصية بغير عين كما فى وصايا المجمع وشرحه وسيجىء ثمة (و) ك (شهادة وصيين لوارث كبير) على أجنبى (فى غير مال الميت) فإنها مقبولة فى ظاهر الرواية ، كما لو شهد الوصيان على إقرار الميت بشىء معين لوارث بالغ تقبل بزازية (ولو) شهد (فى ماله) أى الميت (لا) خلافا لهما ، ولو لصغير لم يجز اتفاقا ، وسيجىء فى الوصايا (كما) لا تقبل (الشهادة على جرح) بالفتح : أى فسق (مجرد) عن إثبات حق لله تعالى أو للعبد ، فإن تضمنته قبلت وإلا لا (بعد التعديل و) لو (قبله قبلت) أى الشهادة بل الإخبار ولو من واحد على الجرح المجرد كذا اعتمده المصنف تبعا لما قرره صدر الشريعة ، وأقره منلا خسرو وأدخله تحت قولهم : الدفع أسهل من الرفع .وذكر وجهه ، وأطلق ابن الكمال ردها تبعا لعامة الكتب ، وذكر وجهه ، وظاهر كلام الوانى وعزمى زاده الميل إليه ، وكذا القهستانى حيث قال : وفيه أن القاضى لم يلتفت لهذه الشهادة ولكن يزكى الشهود سرا وعلنا ، فإن عدلوا قبلها وعزاه للمضمرات

أبى يوسف بعدم القبول أن أحد الفريقين إذا قبض شيئا من التركة بدينه شاركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه (قوله بخلاف الوصية بغير عين) كما إذا شهد أن الميت أوصى لرجلين بألف فادعى الشاهدان أن الميت أوصى لهما بألف وشهد الموصى لهما أن الميت أوصى للشاهدين بألف لاتقبل الشهادتان لأن حق الموصى له تعلق بعين التركة حتى لايبقى بعد هلاك التركة فصار كل واحد من الفريقين مثبتا لنفسه حق المشاركة فى التركة فلا تصح شهادتهما ، واحترز بالوصية بغير عين عن الوصية بها ، كما لو شهدا أنه أوصى لرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الأولين أنه أوصى لهما بعين أخرى فإنها تقبل الشهادتان اتفاقا لأنه لاشركة ولاتهمة اهـ ح كذا فى الهامش (قوله على أجنبى) الظاهر أنه غير قيد تأمل (قوله حق الله تعالى) ولو كان الحق تعزيرا ، وانظر باب التعزير من البحر عند قوله يافاسق يازانى (قوله وإلا لا) تكرار س (قوله بعد التعديل) ولو قبله قبلت : ذكر فى البحر أن التفصيل إنما هو إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا أما إذا أخبر القاضى به سرا وكان مجردا طلب منه البرهان عليه ، فإذا برهن عليه سرا أبطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح ، فإذا قال الخصم للقاضى سرا إن الشاهد أكل ربا وبرهن عليه رد شهادته كما أفاده فى الكافى اهـ : ووجهه أنه لو كان البرهان جهرا لايقبل على الجرح المجرد لفسق الشهود به بإظهار الفاحشة ، بخلاف ما إذا شهدوا سرا كما بسطه فى البحر .

وحاصله أنها تقبل على الجرح ولو مجردا أو بعد التعديل لو شهدوا به سرا ، وبه يظهر أنه لابد من التقييد لقول المصنف لاتقبل بعد التعديل بما إذا كان جهرا ، وظاهر كلام الكافى أن الخصم لايضره الإعلان بالجرح المجرد كما فى البحر : أى لأنه إذا لم يشتبه بالشهود سرا وفسق بإظهار الفاحشة لايسقط حقه ، بخلاف الشهود فإنها تسقط شهادتهم بفسقهم بذلك ، وكذا يقبل عند سؤال القاضى .

قال فى البحر أول الباب المار : وقد ظهر من إطلاق كلامهم هنا أن الجرح يقدم على التعديل سواء كان مجردا أولا عند سؤال القاضى عن الشاهد والتفصيل الآتى من أنه إن كان مجردا لاتسمع البينة به أولا فتسمع إنما هو عند طعن الخصم فى الشاهد علانية اهـ .

هذا ، وقد مر قبل هذا الباب أنه لايسأل عن الشاهد بلا طعن من الخصم . وعندهما يسأل مطلقا ، والفتوى على قولهما من عدم الاكتفاء بظاهر العدالة ، وحينئذ فكيف يصح القول برد الشهادة على الجرح المجرد قبل التعديل . وأجاب السائحانى بأن من قال تقبل أراد أنه لايكفى حينئذ ظاهر العدالة ، ومن قال ترد أراد أن التعديل لو كان ثابتا أو أثبت بعد ذلك لايعارضه الجرح المجرد فلا تبطل العدالة اهـ ويشير إلى هذا قول ابن الكمال :

وجعله البرجندى على قولها لا قوله فتنبه (مثل أن يشهدوا على شهود المدعى) على الجرح المجرد (بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بزور أو أنهم أجراء فى هذه الشهادة أو أن المدعى مبطل فى هذه الدعوى أو لأنه لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة) فلا تقبل بعد التعديل بل قبله درر ، واعتمده المصنف (وتقبل لو شهدوا على) الجرح المركب (كإقرار المدعى بفسقهم أو إقراره بشهادتهم بزور أو بأنه استأجرهم على هذه الشهادة) أو على إقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق عينى (أو أنهم عبيد أو محدودون

فإن قلت : أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها .

قلت : نعم ، لكن ذلك للطعن فى عدالتهم لا لسقوط أمر يسقطهم عن حيز القبول ، ولذا لو عدّلوا بعد هذا تقبل شهادتهم ، ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل اه وهذا معنى كلام القهستانى ، وكذلك كلام صدر الشريعة ومنلا خسرو ، ويرجع إلى ماذكره ابن الكمال (قوله وجعله البرجندى) أقول : المتبادر منه رجوعه إلى قوله لكن يزكى الشهود سرا وعلنا ، أما على قول الإمام فيكتفى بالتزكية علنا كما تقدم ، وهذا محله ما إذا لم يطعن الخصم : أما إذا طعن كما هنا فلا اختلاف ، بل هو على قول الكل من أنهم يزكون سرا وعلنا فتأمل وراجع ، ولعل هذا هو وجه أمر الشارح بقوله فتنبه س والظاهر أن الضمير راجع إلى الإطلاق المفهوم من قوله وأطلق الكمال (قوله أو زناة الخ) أى عادتهم الزنا أو أكل الربا أو الشرب وفى هذا لايثبت الحد ، بخلاف ما يأتى من أنهم زنوا أو سرقوا منى الخ لأنها شهادة على فعل خاص موجب للحد ، هذا ماظهر لى :

[فرع] ذكره فى الهامش : ومن ادعى ملكا لنفسه ثم شهد أنه ملك غيره لاتقبل شهادته ، ولو شهد بملك لإنسان ثم شهد به لغيره لاتقبل ، ولو ابتاع شيئا من واحد ثم شهد به لآخر تردّ شهادته ، ولو برهن أن الشاهد أقر أنه ملكى يقبل ، والشاهد لو أنكر الإقرار لايحلف جامع الفصولين فى الرابع عشر اه (قوله فلا تقبل) تكرار مع مامر (قوله واعتمده المصنف) قال : وإنما لم تقبل هذه الشهادة بعد التعديل ، لأن العدالة بعد ماثبتت لاترتفع إلا بإثبات حق الشرع أو العبد كما عرفت ، وليس فى شىء مما ذكر إثبات واحد منهما ، بخلاف ما إذا وجدت قبل التعديل فإنها كافية فى الدفع كما مر ، كذا قاله منلا خسرو وغيره :

فإن قلت : لانسلم أنه ليس فيما ذكر إثبات واحد منهما يعنى حق الله تعالى وحق العبد ، لأن إقرارهم بشهادة الزور أو شرب الخمر مع ذهاب الرائحة موجب للتعزير وهو هنا من حقوق الله تعالى .

قلت : الظاهر أن مرادهم بما يوجب حقا لله تعالى الحد لا التعزير لقولهم وليس فى وسع القاضى إلزامه لأنه يدفعه بالتوبة ، لأن التعزير حق الله تعالى يسقط بالتوبة ، بخلاف الحد لايسقط بها ، والله تعالى أعلم اه :

قلت : لكن صرح فى تعزير البحر أن الحق لله تعالى لايختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير ، وصرح هناك أيضا بأن التعزير لايسقط بالتوبة : إلا أن يقال إن مراده به ما كان حقا للعبد لايسقط بها تأمل (قوله كإقرار المدعى) قال فى البحر : لايدخل تحت الجرح ما إذا برهن على إقرار المدعى بفسقهم أو أنهم أجراء أو لم يحضروا الواقعة أو على أنهم محدودون فى قذف أو على رق الشاهد أو على شركة الشاهد فى العين ، وكذا قال فى الخلاصة : للخصم أن يطعن بثلاثة أشياء : أن يقول هما عبدان أو محدودان فى قذف أو شريكان ، فإذا قال هما عبدان يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية ، وفى الآخرين يقال للخصم أقم البينة أنهما كذلك اه . فعلى هذا الجرح

بقذف) أو أنه ابن المدعى أو أبوه عناية أو قاذف والمقذوف يدعيه (أو أنهم زنوا ووصفوه أو سرقوا منى كذا) وبينه (أو شربوا الخمر ولم يتقادم العهد) كما مر فى بابه (أو قتلوا النفس عمداً) عينى (أو شركاء المدعى) أى والمدعى مال (أو أنه استأجرهم بكذا لها) للشهادة (وأعطاهم ذلك مما كان لى عنده) من المال (ولو لم يقله لم تقبل لدعواه الاستئجار لغيره) ولابولاية له عليه (أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته إليهم) أى رشوة وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعى ، ولو قال ولم أدفعه لم تقبل (على أن لايشهدوا علىّ زورا و) قد (شهدوا زورا) وأنا أطلب ما أعطيتهم وإنما قبلت فى هذه الصور لأنها حق الله تعالى أو العبد فمست الحاجة لإحيائهما (شهد عدل فلم يبرح عن مجلس القاضى ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له (حتى قال أوهمت) أخطأت (بعض شهادتى ولا مناقضة قبلت) شهادته بجميع ماشهد به لو عدلا ولو بعد القضاء وعليه الفتوى خانية وبحر .

قلت : لكن عبارة الملتقى تقتضى قبول قوله أوهمت وأنه يقضى بما بقى وهو مختار السرخسى وغيره ، وظاهر كلام الأكمل وسعدى ترجيحه

فى الشاهد إظهار ما يخلّ بالعدالة لا بالشهادة مع العدالة ، فإدخال هذه المسائل فى الجرح المقبول كما فعل ابن الهمام مردود بل من باب الطعن كما فى الخلاصة . وفى خزانة الأكمل : لو برهن على إقرار المدعى بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم يقبل ، وليس هذا بجرح وإنما هو من باب إقرار الإنسان على نفسه اه وهذا لايرد على المصنف فكان على الشارح أن لايذكر قوله الجرح المركب فإنها زيادة ضرر (قوله بقذف) لأن من تمام حده رد شهادته وهو من حقوق الله تعالى (قوله ولم يتقادم العهد) بأن لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى ، قيد بعدم التقادم إذ لو كان متقادما لاتقبل لعدم إثبات الحق به لأن الشهادة بحد متقادم مردودة منح ، وماذكره المصنف بقوله ولم يتقادم العهد وفق به الزيلعى بين جعلهم هم زناة شربة الخمر من المجرد وجعلهم زنوا أو سرقوا من غيره . ونقل عن المقدسى أن الأظهر أن قولهم زناة أو فسقة أو شربة أو أكلة ربا اسم فاعل ، وهو قد يكون بمعنى الاستقبال فلا يقطع بوصفهم بما ذكر بخلاف الماضى اه ملخصا وهو حسن جدا لأنه هو المتبادر من تخصيصهم فى التمثيل الأول بإسم الفاعل وللثانى بالماضى (قوله أو شركاء) فيما إذا كانت الشهادة فى شركتهما منح ، والمراد أن الشاهد شريك مفاوض فهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يراد أنه شريكه فى المدعى به وإلا كان إقرارا بأن المدعى به لهما فتح ، ومثله فى القهستانى . وما فى البحر من حمله على الشركة عقدا يشمل بعمومه العنان ولا يلزم منه نفع الشاهد فكأنه سبق قلم . وعلى ماقلنا فقول الشارح والمدعى مال : أى مال تصح فيه الشركة ليخرج نحو العقار وطعام أهله وكسوتهم مما لاتصح فيه (قوله أو أنى صالحتهم) أى شهدوا على قول المدعى إنى صالحتهم الخ (قوله أى رشوة) قاله فى السعدية (قوله فلم يبرح) لأنه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه غره الخصم بالدنيا بحر (قوله أخطأت) قال فى البحر : معنى قوله أوهمت أخطأت بنسيان ماكان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة كذا فى الهداية اه (قوله بعض شهادتى) منصوب على نزع الخافض : أى فى بعض شهادتى سعدية (قوله قبلت شهادته) قال فى المنح : واختاره فى الهداية لقوله فى جواب المسألة جازت شهادته ، وقيل يقضى بما بقى إن تداركه بنقصان ، وإن بزيادة يقضى بها إن ادعاها المدعى ، لأن ماحدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى ، واقتصر عليه قاضيخان ، وعزاه إلى الجامع الصغير اه (قوله لو عدلا) تكرار مع المتن س (قوله وعليه الفتوى) أى على قوله ولو بعد القضاء (قوله بما بقى) أى أو بما زاد كما صرح به غيره ومثله فى البحر . قال : وعليه فمعنى القبول

فتنبه وتبصر (وإن) قاله الشاهد (بعد قيامه عن المجلس لا) تقبل على الظاهر احتياطا وكذا لو وقع الغلط فى بعض الحدود أو النسب هداية (بينة أنه) أى المجروح (مات من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء) ولو (أقام أولياء مقتول بينة على أن زيدا جرحه وقتله وأقام زيد بينة على أن المقتول قال إن زيدا لم يجرحنى ولم يقتلنى فبينة زيد أولى من بينة أولياء المقتول) مجموع الفتاوى (وبينة العين)

العمل بقوله الثانى (قوله فتنبه وتبصر) فى كلام الشارح عفى عنه فى هذا المقام نظر من وجوه :

الأول : أن قوله ولو بعد القضاء ليس فى محله لأن الضمير فى قول المصنف قبلت راجع إلى الشهادة كما نص عليه فى المنح ، وهو مقتضى صنيعه هنا ، وحينئذ فلا معنى لقبولها بعد القضاء بل الصواب ذكره بعد عبارة الملتقى .

الثانى : أنه لا محل للاستدراك هنا لأن فى المسئلة قولين : ولا يقبل الاستدراك بقول على آخر إلا أن يعتبر الاستدراك بالنظر إلى ترجيح الثانى .

الثالث : أن قوله وكذا لو وقع الغلط فى بعض الحدود أو النسب يقتضى أنه مفرع على القول المذكور فى المتن وليس كذلك .

الرابع : أنه يقتضى أنه لا يقبل قوله بذلك وليس كذلك :

وعبارة الزيلعى تدل على ماقلنا من أوجه النظر المذكورة ، حيث قال : ثم قيل يقضى بجميع ماشهد به أولا ، حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت فى خمسمائة يقضى بألف لأن المشهود به أولا صار حقا للمدعى ووجب على القاضى القضاء به فلا يبطل برجوعه ، وقيل يقضى بما بقى لأن ماحدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة . ثم قال : وذكر فى النهاية أن الشاهد إذا قال أوهمت فى الزيادة أو فى النقصان يقبل قوله إذا كان عدلا ، ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه عن أبى حنيفة ، وعلى هذا لو وقع الغلط فى ذكر بعض حدود العقار أو فى بعض النسب ثم تذكر تقبل لأنه قد يبتلى به فى مجلس القضاء فذكره ذلك للقاضى دليل على صدقه واحتياطه فى الأمور اهـ فتأمل (قوله أو النسب) بأن قال محمد بن على بن عمران فتداركه فى المجلس قبل وبعده ، وقوله بعض الحدود بأن ذكر الشرقى مكان الغربى ونحوه فتح (قوله أولى من بينة الموت) نقل الشيخ غانم خلافه عن الخلاصة وغيرها فراجعه ، وأفتى المفتى أبو السعود بخلافه : وذكر فى البحر مسائل فى تعارض البينات وترجيحها فى الباب الآتى عند قوله : ولو شهدا أنه قتل زيدا يوم النحر الخ : وذكر فى الهامش مسائل فى تعارض البينات هى قطع أقامت الأمة بينة أن مولاها دبرها فى مرض موته وهو عاقل وأقامت الورثة بينة أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى ، وكذا إذا خالع امرأته ثم أقام الزوج بينة أنه كان مجنونا وقت الخلع والمرأة على أنه كان عاقلا فبينة المرأة أولى فى الفصلين . زوج الأب بنته البالغة من رجل على أنه يعطيه ألفا فأعطاه ثم ادعت البنت أن الألف مهرها وادعى الأب أنه له لأجل قفتا نلق ٧ وأقاما البينة فبينة البنت أولى لأن بينتها تثبت الوجوب فى النكاح وبينته تثبت الرشوة حاوى الزاهدى ، ولو ادعى أحدهما البيع بالتلجئة وأنكر الآخر فالقول لمدعى الجد بيمينه ، ولو برهن أحدهما قبل، ولو برهنا فالتلجئة كما سبق فى البيع تعارضت بينتا صحة الوقف وفساده ، فإن الفساد لشرط فى الوقف مفسد فبينة الفساد أولى ، وإن كان المعنى فى المحل وغيره فبينة الصحة أولى . وعلى هذا التفصيل إذا اختلف البائع والمشترى فى صحة البيع وفساده باقانى على الملتقى . بينة أنه باعها فى البلوغ أولى من بينة أنه باعها فى صغره حاوى الزاهدى : إذا تعارضت بينة القدم والحدوث . ففى البزازية والخلاصة : بينة القدم أولى . وفى ترجيح البينات للبغدادى عن القنية : بينة الحدوث

من يتيم بلغ (أولى من بينة كون القيمة) أى قيمة ما اشتراه من وصيه فى ذلك الوقت (مثل الثمن) لأنها تثبت أمرا زائدا ولأن بينة الفساد أرجح من بينة الصحة درر خلافا لما فى الوهبانية ، أما بدون البينة فالقول لمدعى الصحة منية (وبينة كون المتصرف) فى نحو تدبير أو خلع أو خصومة (ذا عقل أولى من بينة) الورثة مثلا (كونه مخلوط العقل أو مجنونا) ولو قال الشهود لاندرى كان فى صحة أو مرض فهو على المرض ، ولو قال الوارث كان يهذى يصدق حتى يشهدا أنه كان صحيح العقل بزازية (وبينة الإكراه) فى إقراره (أولى من بينة الطوع) إن أرخا واتحد تاريخهما ، فإن اختلفا أو لم يؤرخا فبينة الطوع أولى ملتقط وغيره ، واعتمده المصنف وابنه وعزمى زاده .

[فروع] بينة الفساد أولى من بينة الصحة شرح وهبانية . وفى الأشباه : اختلف المتبايعان فى الصحة والبطلان

أولى . وذكر العلائى فى شرح الملتقى أن بينة القدم أولى فى البناء وبينة الحدوث أولى فى الكنيف اه حامدية ، ولو ظهر جنونه وهو مفيق يجحد الإفاقة وقت بيعه فالقول له وبينة الإفاقة أولى من بينة الجنون : وعن أبى يوسف : إذا ادعى شراء الدار فشهد شاهدان أنه كان مجنونا عندما باعه وآخران أنه كان عاقلا فبينة العقل وصحة البيع أولى : إذا اختلف المتبايعان فى صحة العقد وفساده فإنما يجعل القول لمن يدعى الصحة والبينة بينة من يدعى الفساد ، ولو قال لا دعوى على تركة أخى أو لاحق فى تركة أخى وهو أحد الورثة لايبطل ولا يدفع الورثة بهذا اللفظ بحر عن النوادر اه (قوله من يتيم بالغ) متعلق ببينة (قوله ما اشتراه) أى المشترى (قوله من وصيه) أى وصى اليتيم (قوله ذا عقل) بينة كون البائع معتوها(١) أولى من بينة كونه عاقلا غانم البغدادى (قوله فهو على المرض) لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقنا وانظر نسخة السائحانى : قال : مجرد هذه الحواشى الذى فى السائحانى هو قوله ولو قال الشهود لاندرى كان فى صحة أو مرض فهو على المرض . أى لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقنا : وفى جامع الفتاوى : ولو ادعى الزوج بعد وفاتها أنها كانت أبرأته من الصداق حال صحتها وأقام الوارث بينة أنها أبرأته فى مرض موتها فبينة الصحة أولى ، وقيل بينة الورثة أولى ، ولو أقرا لوارث ثم مات فقال المقر له أقر فى صحته وقال بقية الورثة فى مرضه فالقول للورثة والبينة للمقر له وإن لم يقم بينة وأراد استحلافهم له وذلك : ادعت المرأة البراءة عن المهر بشرط وادعاها الزوج مطلقا وأقاما البينة فبينة المرأة أولى إن كان الشرط متعارفا يصح الإبراء معه ، وقيل : البينة من الزوج أولى ، ولو أقامت المرأة بينة على المهر على أن زوجها كان مقرا به يومنا هذا وأقام الزوج بينة أنها أبرأته من هذا المهر فبينة البراءة أولى وكذا فى الدين لأن بينة مدعى الدين بطلت كإقرار المدعى عليه بالدين ضمن دعواه البراءة كشهود بيع وإقالة ، فإن بينتها لم يبطلها شىء وتبطل بينة البيع لأن دعوى الإقالة إقرار به ، وقوله فهو على المرض لم يذكر ما إذا اختلفا فى الصحة والمرض : وفى الأنقروى : ادعى بعض الورثة أن المورث وهبه شيئا معينا وقبضه فى صحته وقالت البقية كان فى المرض فالقول لهم ، وإن أقاموا البينة فالبينة لمدعى الصحة ، ولو ادعت أن زوجها طلقها فى مرض الموت ومات وهى فى العدة وادعى الورثة أنه فى الصحة فالقول لها ، وإن برهنا وقتا واحدا فبينة الورثة أولى اه هذا ما وجدته فيها (قوله أولى من بينة الطوع) قال ابن الشحنة :

وبينتا كره وطوع أقيمتا فتقديم ذات الكره صحح الأكثر

قال فى الهامش : تعارضت بينة الإكراه والطوع فى البيع والصلح والإقرار فبينة الإكراه أولى باتفاقى على

---

(١) (قوله بينة كون البائع معتوها الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها ، وليتأمل فيه مع قول المصنف وبينة كون المتصرف ذا عقل الخ وليحرر اه مصححه.

فالقول لمدعى البطلان ، وفى الصحة والفساد لمدعى الصحة إلا فى مسألة الإقالة . وفى الملتقط اختلفا فى البيع والرهن فالبيع أولى . اختلفا فى الثبات والوفاء فالوفاء أولى استحسانا . شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل كأن شهدا بالدار بلا ذكر أنها فى يد الخصم فشهد به آخران أو شهدا بالملك بالمحدود وآخران بالحدود أو شهدا على الاسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد آخران أنه المسمى به درر ، شهد واحد فقال الباقون نحن نشهد كشهادته لم تقبل حتى يتكلم كل شاهد بشهادته وعليه الفتوى . شهادة النفى المتواتر مقبولة . الشهادة إذا بطلت فى البعض بطلت فى الكل إلا فى عبد بين مسلم ونصرانى فشهد نصرانيان عليهما بالعتق قبلت فى حق النصرانى فقط أشباه .

قلت : وزاده محشيها خمسة أخرى معزية للبزازية .

الملتقى وخانية في أحكام البيوع الفاسدة وترجيح البينات . وبينة الرجوع عن الوصية أولى من بينة كونه موصيا مصرا إلى الوفاة أبو السعود وحامدية (قوله لمدعى البطلان) لأنه منكر للعقد (قوله لمدعى الصحة) مفاده أن البينة بينة الفساد فيوافق ما قبله (قوله إلا فى مسألة الإقالة) كما لو ادعى المشترى أنه باع المبيع من البائع بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الإقالة فالقول للمشترى مع أنه يدعى فساد العقد ولو كان على القلب تحالفا أشباه (قوله وفى الملتقط) أنظر ما كتبناه قبيل الكفالة (قوله شهادة النفى المتواتر مقبولة) بخلاف غيره فلا يقبل سواء كان نفيا صورة أو معنى ، وسواء أحاط به علم الشاهد أولا كما مر فى باب اليمين فى البيع والشراء ، نعم تقبل بينة النفى فى الشروط كما قدمناه هناك .

وذكر فى الهامش فى النوادر عن الثانى شهدا عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك إجارة أو بيع أو كتابة أو طلاق أو عتاق أو قتل أو قصاص فى مكان أو زمان وصفات فبرهن المشهود عليه أنه لم يكن ثمة يومئذ لا تقبل لكن قال فى المحيط فى الحادى والخمسين إن تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه فى ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى ويقضى بفراغ الذمة لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ما لم يدخله الشك عندنا إلى الكلام الثانى(١) وكذا كل بينة قامت على أن فلانا لم يقل ولم يفعل ولم يقر . وذكر الناطفى أمن الإمام أهل مدينة من دار الحرب فاختلطوا بمدينة أخرى وقالوا : كنا جميعا فشهدا أنهم لم يكونوا وقت الأمان فى تلك المدينة يقبلان إذا كانا من غيرهم بزازية . وذكر الإمام السرخسى أن الشرط وإن نفيا كقوله إن لم أدخل الدار اليوم فامرأته كذا فبرهنت على عدم الدخول اليوم يقبل حلفه إن لم تأت صهرتى فى الليلة ولم أكلمها فشهدا على عدم الإتيان والكلام يقبل لأن الغرض إثبات الجزاء ، كما لو شهد اثنان أنه أسلم واستثنى وآخران بلا استثناء يقبل ويحكم بإسلامه بزازية (قوله خمسة أخرى) الأولى قال لعبده : إن دخلت هذه الدار فأنت حر وقال لنصرانى إن دخل هو هذه الدار فامرأته طالق فشهد نصرانيان على دخوله الدار ، إن العبد مسلما لا تقبل وإن كافرا تقبل فى حق وقوع الطلاق لا العتق . الثانية لو قال : إن استقرضت من فلان فعبده حر فشهد رجل وأبو العبد أنه استقرض من فلان والحالف ينكر يقبل فى حق المال لا فى حق عتق لأن فيها شهادة الأب للابن . الثالثة لو قال : إن شربت الخمر فعبده حر فشهد رجل وامرأتان على تحققه يقبل فى حق العتق لا فى حق لزوم الحد . الرابعة لو قال إن سرقت فعبده حر فشهد رجل وامرأتان عليه بها يقبل فى حق العتق لا فى حق القطع الكل من البزازية .

قلت : ثم رأيت مسألة أخرى فزدتها وهى . الخامسة لو قال لها : إن ذكرت طلاقك إن سميت طلاقك إن

---

(١) (قوله إلى الكلام الثانى) هكذا فى النسخة المجموع منها ، ولعل صوابه كلام الثانى بالإضافة وليحرر اه مصححه .

باب الاختلاف فى الشهادة

مبنى هذا الباب على أصول مقررة

منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى ، بخلاف حقوقه تعالى . ومنها أن الشهادة بأكثر من المدعى باطلة ، بخلاف الأقل للاتفاق فيه ؛ ومنها أن الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوتة من الأصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب . ومنها موافقة الشهادتين لفظا ومعنى ، وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط وسيتضح .

(تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبولها) لتوقفها على مطالبتهم ولو بالتوكيل ، بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب إقامتها على كل أحد فكل أحد خصم فكأن الدعوى موجودة (فإذا وافقتها) أى وافقت الشهادة الدعوى (قبلت وإلا) توافقها (لا) تقبل

تكلمت به فعبده حر فشهد شاهد أنه طلقها اليوم والآخر على طلاقها أمس يقع الطلاق لا العتاق وهى فى البزازية أيضا كذا فى حاشية تنوير البصائر اهـ وزاد البيرى ما فى خزانة الأكمل من اللقطة ، وذلك لقطة فى يد مسلم وكافر فأقام صاحبها شاهدين كافرين عليها تسمع على ما فى يد الكافر خاصة استحسانا ، وما لو مات كافر فاقتسم ابناه تركته ثم أسلم أحدهما ثم شهد كافران على أبيه بدين قبلت فى حصة الكافر خاصة اهـ .

باب الاختلاف فى الشهادة

(قوله منها أن الشهادة الخ) هذه عبارة الدرر . قال محشيها الشرنبلالى : ليس من هذا الباب لأنه فى الاختلاف فى الشهادة لا فى قبول الشهادة وعدمه اهـ مدنى (قوله بأكثر من المدعى) ومنه إذا دعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا فى الأول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلت لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولية ، بخلافه بسبب فإنه يفيد الحدوث والمطلق أقل من النتاج لأن المطلق يفيد الأولوية على الاحتمال والنتبج على اليقين وفى قلبه ، وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ، ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل إلا إذا كان السبب الإرث باقانى ، وتمامه هناك كذا فى الهامش (قوله باطلة) أى إلا إذا وفق وبيانه فى البحر (قوله موافقة الشهادتين الخ) كما لو ادعى دارا فى يد رجل أنها له منذ سنة فشهد الشهود أنها منذ عشرين سنة بطلت ، فلو ادعى المدعى أنها منذ عشرين سنة والشهود شهدوا أنها منذ سنة جازت شهادتهم خانية . وفى الأنقروى عن القاعدية فى الشهادات : الشهادة لو خالفت الدعوى بزيادة لا يحتاج إلا إثباتها أو نقصان كذلك فإن ذلك لا يمنع قبولها اهـ حامدية .

وفى الخيرية عن الفصولين : ولا يكلف الشاهد ، إلى بيان لون الدابة لأنه سئل عما لا يكلف إلى بيانه فاستوى ذكره وتركه ، ويخرج منه مسائل كثيرة اهـ حامدية ؛

رجل ادعى فى يد رجل متاعا أو دارا أنها له وأقام البينة وقضى القاضى له فلم يقبضه حتى أقام الذى فى يده البينة أن المدعى أقر عند غير القاضى أنه لا حق له فيه قال : إن شهدوا أنه أقر بذلك قبل القضاء بطل القضاء . وإن شهدوا أنه أقر به بعد القضاء لا يبطل القضاء لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو عاين القاضى إقراره بذلك كان الحكم على هذا الوجه خالية من تكذيب الشهود وكذا فى الهامش (قوله فإذا وافقتها قبلت) صدر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ، ألا ترى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة سعدية ، وبه ظهر وجه جعل ذلك من الأصول : ثم

وهذا أحد الأصول المتقدمة (فلو ادعى ملكا مطلقا فشهدا به بسبب) كشراء أو إرث (قبلت) لكونها بالأقل مما ادعى فتطابقا معنى كما مر (وعكسه) بأن ادعى بسبب وشهدا بمطلق (لا) تقبل لكونها بالأكثر كما مر .

قلت : وهذا في غير دعوى إرث ونتاج وشراء من مجهول كما بسطه الكمال ، واستثنى في البحر ثلاثة وعشرين (وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى) إلا في اثنتين وأربعين مسألة مبسوطة في البحر وزاد ابن المصنف في حاشيته على الأشباه ثلاثة عشر أخر تركتها خشية التطويل (بطريق الوضع) لا التضمن ، واكتفيا

إن التفريع على ما قبله مشعر بما قاله في البحر من أن اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هو فيما كانت الدعوى شرطا فيه وتبعه في تنوير البصائر وهو ظاهر ، لأن تقدم الدعوى إذا لم يكن شرطا كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق. ثم إن تفريعه على ماقبله لا ينافي كونه أصلا لشيء آخر وهو الاختلاف في الشهادة فافهم. وبما تقرر اندفع ما في الشرنبلالية من أن قوله منها أن الشهادة على حقوق العباد الخ ليس من هذا الباب لأنه في الاختلاف في الشهادة لا في قبولها وعدمه فتدبر (قوله وهذا أحد الأصول الخ) نبه عليه دون ما قبله لدفع توهم عدم أصلية بسبب كونه مفرعا على ما قبله فإنه لا تنافي كما قدمناه وإلا فما قبله أصل أيضا كما علمته فتنبه (قوله أو إرث) تبع فيه الكنز ، والمشهور أنه كدعوى الملك المطلق كما في البحر عن الفتح وسيذكره الشارح ، فلو أسقطه هنا لكان أولى ح (قوله قبلت) فيه قيد في البحر عن الخلاصة (قوله بأن ادعى بسبب) أي ادعى العين لا الدين بحر (قوله بالأكثر) وفيه لا تقبل إلا إذا وفق بحر (قوله في غير دعوى إرث) لأنه مساو للملك المطلق كما قدمناه (قوله ونتاج) لأن المطلق أقل منه لأنه يفيد الأولوية على الاحتمال والنتاج على اليقين ، وذكر في الهامش أن الشهادة على النتاج بأن يشهدا أن هذا كان يتبع هذه الناقة ، ولا يشترط أداء الشهادة على الولادة فتاوى الهندية في باب تحمل الشهادة عن التتارخانية عن الينابيع اهـ (قوله وشراء من مجهول) لأن الظاهر أنه مساو للملك المطلق ، وكذا في غير دعوى قرض بحر ، ومثله شراء مع دعوى قبض ، فإذا ادعاهما فشهدا على المطلق تقبل بحر عن الخلاصة .

وحكى في الفتح عن العمادية خلافا (قوله ثلاثة وعشرين) لكن ذكر في البحر بعدها أنه في الحقيقة لا استثناء فراجعه (قوله خشية التطويل) قدمها الشارح في كتاب الوقف (قوله بطريق الوضع) أي بمعناه المطابقي ، وهذا جعله الزيلعي تفسيرا للموافقة في اللفظ حيث قال : والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن ، حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم، وآخر بدرهمين ، وآخر بثلاثة ، وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا ، وعندهما يقضى بأربعة اهـ .

والذي يظهر من هذا أن الإمام اعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع وأن الإمامين اكتفيا بالموافقة المعنوية ولو بالتضمن ولم يشترطا المعنى الموضوع له كل من اللفظين ، وليس المراد أن الإمام اشترط التوافق في اللفظ والتوافق في المعنى الوضعي ، وإلا أشكل ما فرعه عليه من شهادة أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج ، وكذا الهبة والعطية فإن اللفظين فيهما مختلفان ولكنهما توافقا في معنى واحد، أفاده كل منهما بطريق الوضع ،ويدل على هذا التوفيق أيضا ما نقله الزيلعي عن النهاية حيث قال : إن كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية ، وهذا لأن اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه ، فإذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها . قال : هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا اهـ . وهذا بخلاف الفرع السابق الذي

بالموافقة المعنوية وبه قالت الأئمة الثلاثة (ولو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) لاتحاد معناهما (كذا الهبة والعطية ونحوهما ، ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين أو مائة ومائتين أو طلقة وطلقتين أو ثلاث ردت) لاختلاف المعنيين (كما لو ادعى غصبا أو قتلا فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به) لم تقبل ، ولو شهد بالإقرار به قبلت (وكذا) لا تقبل (فى كل قول جمع مع فعل) بأن ادعي ألفا فشهد أحدهما بالدفع والآخر بالإقرار بها لا تسمع للجمع بين قول وفعل قنية ، إلا إذا اتحدا لفظا كشهادة أحدهما ببيع أو قرض أو طلاق أوعتاق والآخر بالإقرار به فتقبل لاتحاد صيغة الإنشاء والإقرار ، فإنه يقول فى الإنشاء بعت واقترضت وفى الإقرار كنت بعت واقترضت فلم يمنع القبول ، بخلاف شهادة أحدهما بقتله عمدا بسيف والآخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرار الفعل بتكرر الآلة محيط وشرنبلالية (وتقبل على ألف فى) شهادة أحدهما (بألف و) الآخر (بألف ومائة إن ادعى المدعى) (الأكثر) لا الأقل إلا أن يوفق باستيفاء أو إبراء ابن كمال ، وهذا فى الدين (وفى العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد أن هذين العبدين له وآخران هذا له قبلت على) العبد (الواحد) الذى اتفقا عليه اتفاقا درر (وفى العقد لا) تقبل (مطلقا) سواء كان المدعى أقل المالين أو أكثرهم عزمى زاده :

ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلو شهد واحد بشراء عبد أو كتابته على ألف وآخر بألف وخمسمائة ردت) لأن المقصود إثبات العقد ،

نقلناه عنه ، فإن الخمسة معناها المطابقى لا يدل على الأربعة بل تتضمنها ولذا لم يقبلها الإمام وقبلها صاحباه لاكتفائهما بالتضمن :

والحاصل أنه لا يشترط عند الإمام الاتفاق على لفظ بعينه بل إما بعينه أو بمرادفه ، وقول صاحب النهاية لأن اللفظ ليس بمقصود مراده به أن التوافق على لفظ بعينه ليس بمقصود لا مطلقا كما ظن فافهم (قوله بالموافقة المعنوية) فإن قيل : يشكل على قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلا مع إفادتهما معناها ، أجيب بمنع الترادف بل هما متباينان لمعنيين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة ، وتمامه فى الفتح (قوله لاتحاد معناهما) أى مطابقة فصار كأن اللفظ متحد أيضا فافهم (قوله ولو شهدا بالإقرار) مقتضاه أنه لا يضر الاختلاف بين الدعوى والشهادة فى قول مع فعل ، بخلاف اختلاف الشاهدين فى ذلك (قوله للجمع بين قول وفعل) بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف للمدعى على المدعى عليه وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه بألف فإنه يقبل فإنه ليس بجمع بين قول وفعل مثلا على التركمانى عن الحاوى الزاهدى (قوله إلا إذا اتحدا) الظاهر أن الاستثناء منقطع لأنه لا فعل مع قول فى هذه الصور بل قولان ، لأن الإنشاء والإقرار به كل منهما قول كما سيذكره (قوله بألف ومائة) بخلاف العشر وخمسة عشر حيث لا يقبل لأنه مركب كالألفين إذ ليس بينهما حرف العطف ذكره الشارح بحر (قوله إلا أن يوفق) كأن يقول كان لى عليه كما شهدا إلا أنه أوفانى كذا بغير علمه . وفى البحر : ولا يحتاج هنا إلى إثبات التوفيق بالبينة لأنه يتم به بخلاف ما او ادعى الملك بالشراء فشهد بالهبة فإنه يحتاج لإثباته بالبينة سائحانى (قوله وهذا فى الدين) أى اشتراط الموافقة بين الشهادتين لفظا (قوله سواء كان المدعى الخ) وسواء كان المدعى البائع أو المشترى درر (قوله أو كتابته على ألف) شامل لما إذا ادعاها العبد وأنكر المولى وهو ظاهر ، لأن مقصوده هو العقد : ولما إذا كان المدعى هو المولى كما زاده صاحب الهداية على الجامع قال فى الفتح لأن دعوى السيد المال على عبده لا تصح إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه لا يتصور له عليه دين إلا به فالشهادة ليست إلا لإثباتها اه .

وهو يختلف باختلاف البدل فلم يتم العدد على كل واحد (ومثله العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع إن ادعى العبد والقاتل والراهن والمرأة) لف ونشر مرتب إذ مقصودهم إثبات العقد كما مر (وإن ادعى الآخر) كالمولى مثلا (فكدعوى الدين) إذ مقصودهم المال فتقبل على الأقل إن ادعى الأكثر كما مر .

(والإجارة كالبيع) لو (فى أول المدة) للحاجة لإثبات العقد (وكالدين بعدها) لو المدعى المؤجر ، ولو لمستأجر فدعوى

وفى البحر والتبيين وقيل لا تفيد بينة المولى لأن العقد غير لازم فى حق العبد لتمكينه من الفسخ بالتعجيز اهـ؛ وجزم بهذا القيل العينى ، وهو موافق لما يفهم من عبارة الجامع (قوله وهو يختلف باختلاف البدل) أشار إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل ، وتمامه فى البحر . وقال الخير الرملى فى حاشيته عليه ، المفهوم من كلامهم فى هذا الموضع وغيره أنه فيما يحتاج فيه إلى القضاء بالثمن لا بد من ذكره وذكر قدره وصفته ، وما لا يحتاج فيه إلى القضاء به لا حاجة إلى ذكره :

[تنبيه] فى المبسوط ؛ وإذا ادعى رجل شراء دار فى يد رجل ، وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة ، لأن الدعوى إن كانت بصفة الشهادة فهى فاسدة ، وإن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعى : ثم القاضى يحتاج إلى القضاء بالعقد : ويتعذر عليه القضاء بالعقد إذا لم يكن الثمن مسمى لأنه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لايظهر القضاء بدون تسمية الثمن ؛ ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم يشهد به الشهود ، ثم قال : فإن شهد على إقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لأن حاجة القاضى إلى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى ، وإن قالا أقر عندنا أنه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن فهو جائز لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعى دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن (قوله على كل واحد) لفظ كل مما لا حاجة إليه سعدية (قوله والرهن) قال فى البحر: وظاهر الهداية أن الرهن إنما هو من قبيل دعوى الدين .

وتعقبه فى العناية تبعا للنهاية بأن عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة ، فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعى هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه : وأجيب بأن العقد غير لازم فى حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان فى حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما فى سائر الديون ويثبت الرهن بالألف ضمنا وتبعا اهـ . وفى الحواشى اليعقوبية ذكر الراهن (قوله إن ادعى العبد) تقييد لمسألة العتق بمال فقط إن أجرى قول المصنف أو كتابته على عمومه موافقة لما قاله صاحب الهداية أولها إن خص بما إذا ادعى الكتابة العبد موافقة لما فى الجامع ولما فى العينى (قوله فكدعوى الدين) أى الدين المنفرد عن العقد سعدية (قوله إذ مقصودهم المال) لأنه ثبت العتق والعقد والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى إلا فى الدين فتح ، زاد فى الإيضاح : وفى الرهن إن كان المدعى هو الراهن لاتقبل لأنه لاحظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى ، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين اهـ . وفى اليعقوبية : وذكر الراهن فى اليمين(١) ليس على ماينبغى (قوله على الأقل) أى اتفاقا إن شهد شاهد الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة ، وإن كان بدونه كالألف والألفين فكذلك عندهما ، وعنده لا يقضى بشىء فتح (قوله العقد) وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الإجارة فتح (قوله وكالدين) إذ ليس المقصود بعد المدة إلا الأجر فتح (قوله بعدها) استوفى المنفعة

---

(١) (قوله فى اليمين) لعله التبيين اهـ منه .

عقد اتفاقا (وصح النكاح) بالأقل أى (بألف) مطلقا (استحسانا) خلافا لهما (ولزم) فى صحة الشهادة (الجر بشهادة إرث) بأن يقولا مات وتركه ميراثا للمدعى (إلا أن يشهدا بملكه) عند موته (أو يده أو يد من يقوم مقامه) كمستأجر ومستعير وغاصب ومودع فيغنى ذلك عن الجر، لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان، فإذا ثبت الملك ثبت الجر ضرورة (ولا بد مع الجر) المذكور (من بيان

أولا بعد أن تسلم فتح (قوله عقد اتفاقا) لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه، ولا يثبت العقد للاختلاف فتح (قوله مطلقا) سواء ادعى الزوج أو الزوجة الأقل أو الأكثر هكذا صححه فى الهداية. وذكر فى الفتح أنه مخالف للرواية، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله خلافا لهما) حيث قالا هى باطلة أيضا لأنه اختلاف فى العقد وهو القياس. ولأبى حنيفة أن المال فى النكاح تابع والأصل فيه الحل والملك والازدواج، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت، فإذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه (قوله فى صحة الشهادة) قال فى البحر بعد كلام: وبه ظهر أن الجر شرط صحة الدعوى لا كما يتوهم من كلام المصنف من أنه شرط القضاء بالبينة فقط اهـ: أى يشترط أن يقول فى الدعوى مات وتركه ميراثا كما يشترط فى الشهادة، وإنما لم يذكره لأن الكلام فى الشهادة (قوله الجر) أى النقل: أى أن يشهدا بالانتقال، وذلك إما نصا كما صوّره الشارح أو بما يقوم مقامه من إثبات الملك للميت عند الموت أو إثبات يده أو يد نائبه عند الموت أيضا، وهو ما أشار إليه بقوله إلا أن يشهدا الخ. وهذا عندهما خلافا لأبى يوسف فإنه لا يشترط شيئا، ويظهر الخلاف فيما إذا شهدا أنه كان ملك الميت بلا زيادة وطولبا بالفرق بين هذا وبين ما يأتى من أنه لو شهد الحى أنه كان فى ملكه تقبل.

والفرق ما فى الفتح إلى آخر ما يأتى. قال مجرد هذه الحواشى: وكتب المؤلف على قوله الجر هامشة وعليها أثر الضرب، لكنى لم أحققه فأحببت ذكرها وإن كانت مفهومة مما قبلها فقال: قوله الجر هذا عندهما لأن ملك الوارث متجدد إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا يده أو يد من يقوم مقامه. وأبو يوسف يقول: إن ملك الوارث ملك المورّث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث، فالجر أن يقول الشاهد مات وتركها ميراثا أو مايقوم مقامه من إثبات ملكه وقت الموت أو يده أو يد من يقوم مقامه، فإذا أثبت الوارث أن العين كانت لمورّثه لايقضى له وهو محل الاختلاف، بخلاف الحى إذا أثبت أن العين كانت اهـ فإنه يقضى له بها اعتبارا للاستصحاب إذ الأصل البقاء انتهى (قوله إرث) بأن ادعى الوارث عينا فى يد إنسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لايقضى له حتى يجرا الميراث بأن يقولا الخ (قوله بملكه) أى المورث (قوله عند موته) لابد من هذا القيد كما علمت، وكان ينبغى ذكره بعد الثلاثة (قوله لأن الأيدى) تعليل للاستغناء بالشهادة على يد الميت عن الجر، وبيان ذلك أنه إذا ثبت يده عند الموت، فإن كانت يد ملك فظاهر لأنه أثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة كما لو شهد بالملك، وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدى فى الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ماعرف فيكون إثبات اليد فى ذلك الوقت إثباتا للملك، وترك تعليل الاستغناء بالشهادة على يد من يقوم مقامه لظهوره لأن إثبات يد من يقوم مقامه إثبات يده فيغنى إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه اهـ (قوله ولابد مع الجر من بيان سبب الوراثة الخ) قال فى الفتح: وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ويذكرا أنه وارثه، وهل يشترط قوله ووارثه فى الأب والأم والولد؟ قيل يشترط والفتوى على عدمه، وكذا كل من لايحجب

سبب الوراثة و) بيان (أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما) ونحو ذلك ظهيرية ، وبقى شرط ثالث (و) هو (قول الشاهد لا وارث) أو لا أعلم (له) وارثا (غيره) ورابع ، وهو أن يدرك الشاهد الميت وإلا فباطلة لعدم معاينة السبب ذكرهما البزازى (وذكر اسم الميت ليس بشرط وإن شهدا بيدحى) سواء قالا (مذشهر) أولا (ردت) لقيامها بمجهول لتنوع يد الحى (بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه أو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان فى يد المدعى) دفع للمدعى لمعلومية الإقرار ، وجهالة المقر به لا تبطل الإقرار : والأصل أن الشهادة بالملك المنقضى مقبولة لا باليد المنقضية

بحال ، وفى الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لابد منه وفى أنه مولاه لابد من بيان أنه أعتقه اه ولم يذكر هذا الشرط متناولا شرحا ، والظاهر أن الجر مع الشرط الثالث يغنى عنه فليتأمل ، وانظر مامر قبيل الشهادات (قوله سبب الوراثة) وهو أنه أخوه مثلا (قوله لأبيه وأمه) ذكر فى البحر عن البزازية أنهم لو شهدوا أنه ابنه ولم يقولوا ووارثه الأصح أنه يكفى ، كما لو شهدوا أنه أبوه أو أمه ، فإن ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى أن يفسر فيقول عمه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه ، ويشترط أيضا أن يقول ووارثه ، وإذا أقام البينة لابد للشهود من نسبة الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد وكذلك هذا فى الأخ والجد اه ملخصا (قوله وارثا غيره) قال فى فتح القدير : وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لانعلم له وارثا سواه ، فإن كان ممن يرث فى حال دون حال لايقضى لاحتمال عدم استحقاقه ، أويرث على كل حال يحتاط القاضى وينتظر مدة هل له وارث آخر أو لا . قال مجردها : هذا بياض تركه المؤلف ونقط عليه لتوقفه فى فهمه من نسخة الفتح الحاضرة عنده فلتراجع نسخة أخرى يقضى بكله ، وإن كان نصيبه يختلف فى الأحوال يقضى بالأقل ، فيقضى فى الزوج بالربع والزوجة بالثمن إلا أن يقولوا لانعلم له وارثا غيره . وقال محمد وهو رواية عن أبى حنيفة يقضى بالأكثر ، والظاهر الأول ، ويأخذ القاضى كفيلا عندهما ، ولو قالوا لانعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبى حنيفة خلافا لهما اه وتقدمت المسألة قبيل كتاب الشهادات ، وذكرها فى السادس والخمسين من شرح أدب القضاء منوعة ثلاثة أنواع فارجع إليه ، ولخصها هناك صاحب البحر بما فيه خفاء ، وقد علم بما مر أن الوارث إن كان ممن قد يحجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لأصل القضاء ، وإن كان ممن قد يحجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالأكثر ، وإن كان وارثا دائما ولا ينقص بغيره فذكره شرط للقضاء حالا بدون تلوم فتأمل (قوله لعدم معاينة السبب) ولأن الشهادة على الملك لاتجوز بالتسامع فتح (قوله البزازى) وكذا فى الفتح (قوله وذكر اسم الميت) حتى لو شهدا أنه جده أبو أبيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بزازية (قوله ردت) وعن أبى يوسف تقبل (قوله يد الحى) لاحتمال أنها كانت ملكا له أو وديعة مثلا ، وإذا كانت وديعة مثلا تكون باقية على حالها ، أما الميت فتنقلب ملكا له إذا مات مجهلا لها كما تقدم (قوله أنها كانت ملكه) أى لو شهد المدعى ملك عين فى يد رجل أنها كانت ملك المدعى يقضى بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن . والفرق بين هذه وبين مامر من أنها كانت ملك الميت فإنها ترد مالم يشهدا بأنها ملكه عند الموت ماذكره فى الفتح من أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات مالم يكن وهو المحتاج إليه فى الوارث ، بخلاف مدعى العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لاتجدده (قوله بذلك) أى بيد الحى أو ملكه ومن اقتصر على الثانى فقد قصر (قوله دفع للمدعى) الأولى أن يقول فإنه يدفع للمدعى كما يظهر بالتأمل .

لتنوع اليد لا الملك بزازية ، ولو أقر أنه كان بيد المدعى بغيرحق هل يكون إقرارا له باليد ؟ المفتى به : نعم جامع الفصولين :

[فروع] شهدا بألف وقال أحدهما قضى خمسمائة قبلت بألف إلا إذا شهد معه آخر ، ولا يشهد من علمه حتى يقر المدعى به :

شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع خلافا لهما ، واستظهر صدر الشريعة قولهما ، وهذا إذا لم يذكر المدعى لونها ذكره الزيلعى :

ادعى المديون الإيصال متفرقا وشهدا به مطلقا أو جملة لم تقبل وهبانية :

شهدا فى دين الحى بأنه كان عليه كذا تقبل إلا إذا سألهما الخصم عن بقائه الآن فقالا لا ندرى ، وفى دين الميت لا تقبل مطلقا حتى يقولا مات وهو عليه بحر :

قلت : ويخالفه ما فى معين الحكام من ثبوته بمجرد بيان سببه وإن لم يقولا مات وعليه دين اه والاحتياط لا يخفى :

ادعى ملكا فى الماضى وشهدا به فى الحال لم تقبل فى الأصح ، كما لو شهدا بالماضى أيضا جامع الفصولين :

وفى البحر : وإنما قال دفع إليه دون أن يقول إنه إقرار بالملك لأنه لو برهن على أنه ملكه فإنه يقبل اه أى فى مسألة الإقرار باليد أو الشهادة عليه لأنهما المذكورتان فى الكنز دون مسألة الشهادة بالملك (قوله لتنوع اليد) لاحتمال أنه كان له فاشتراه منه (قوله بألف) أى ولا يسمع قوله قضاء (قوله إلا إذا شهد معه آخر) لكمال النصاب (قوله ولا يشهد) أى بالألف كلها (قوله من علمه) أى قضاء خمسمائة كذا فى الهامش (قوله حتى يقر المدعى به) لئلا يكون إعانة على الظلم ، والمراد من ينبغى فى عبارة الكنز معنى يجب فلا تحل له الشهادة بحر (قوله إذا لم يذكر المدعى لونها) قال فى الفتح : ولو عين لونها فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا اه (قوله مطلقا أو جملة) أما الأول فلأن الإطلاق أزيد من المقيد ، وأما الثانى فلاختلاف الشهادة والدعوى للمباينة بين المتفرق والجملة (قوله بحر) أوضحه عند قول الكنز وبعكسه لا فراجعه (قوله قلت) القول لصاحب المنح (قوله بيان سببه) قواه المقدسى :

قلت : وكذا فى نور العين وقال : إن الأول ضعيف وأن الاحتياط فى أمر الميت يكفى فيه تحليف خصمه مع وجود بينة وأن فى هذا الاحتياط ترك احتياط آخر فى وفاء دينه الذى يحجبه عن الجنة وتضييع حقوق أناس كثيرين لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه ح (قوله ملكا فى الماضى) بأن قال كان ملكى وشهد أنه له (قوله كما لو شهدا بالماضى أيضا) أى لا تقبل لأن إسناد المدعى يدل على نفى الملك فى الحال إذ لا فائدة للمدعى فى إسناد مع قيام ملكه فى الحال ، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضى لأن إسنادهما لا يدل على النفى فى الحال لأنهما لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب منح ، وبهذا ظهر الفرق بين ماهنا وبين ماتقدم متنا من قوله بخلاف مالو شهدا أنها كانت ملكه .

[فرع مهم] قال المدعى إن الدار التى حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكى وقال الشهود إن الدار التى حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكه صح الدعوى والشهادة ، وكذا لو شهدوا أن المال الذى كتب فى هذا الصك عليه تقبل ، والمعنى فيه أنه أشار إلى المعلوم لو شهدا بملك المتنازع فيه والخصمان تصادقا على أن المشهود به هو المتنازع فيه ينبغى أن تقبل الشهادة فى أصل الدار وإن لم تذكر الحدود لعدم الجهالة المفضية إلى النزاع فى أصل الدار جامع الفصولين فى آخر الفصل السابع :

باب الشهادة على الشهادة

(هى مقبولة) وإن كثرت استحسانا فى كل حق على الصحيح (إلا فى حدود وقود) لسقوطهما بالشبهة وجاز الإشهاد مطلقا ، لكن لا تقبل إلا (بشرط تعذر حضور الأصل بموت) أى موت الأصل ، وما نقله القهستانى عن قضاء النهاية فيه كلام فإنه نقله عن الخانية عنها ، وهو خطأ والصواب ما هنا (أو مرض أو سفر) واكتفى الثانى بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت بأهله ، واستحسنه غير واحد . وفى القهستانى والسراجية ، وعليه الفتوى وأقره المصنف (أو كون المرأة مخدرة) لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام قنية . وفيها لايجوز الإشهاد لسلطان وأمير ، وهل يجوز لمحبوس إن من غير حاكم الخصومة ، نعم ذكره المصنف فى الوكالة وقوله (عند الشهادة) عند القاضى قيد للكل لإطلاق جواز الإشهاد لا الأداء

باب الشهادة على الشهادة

(قوله وإن كثرت) أعنى الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم ، لكن فيها شبهة البدلية لأن البدل مايصار إليه إلا عند العجز عن الأصل ، وهذه كذلك ولذا لاتقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال درر ، كذا فى الهامش (قوله إلا فى حدوقود) أى مايوجب الحد، فلا يرد أنه إذا شهد على شهادة شاهدين أن قاضى بلد كذا ضرب فلانا حدا فى قذف فإنها تقبل حتى ترد شهادته بحر عن المبسوط . وفيه إشعار بأنها تقبل فى التعزير ، وهذه رواية عن أبى يوسف ، وعن أبى حنيفة أنها لاتقبل كما فى الاختيار قهستانى (قوله مطلقا) بعذر أو غيره (قوله إلا بشرط تعذر حضور الأصل) أشار إلى أن المراد بالمرض مالا يستطيع معه الحضور إلى مجلس القاضى كما قيده فى الهداية ، وأن المراد بالسفر الغيبة مدته كما هو ظاهر كلام المشايخ وأفصح به فى الخانية والهداية ، لا لمجاوزة البيوت وإن أطلقه كالمرض فى الكنز ولم يصرح بالتعذر ، ولكن ماذكرنا هو المراد لأن العلة العجز فافهم (قوله وما نقله القهستانى) عبارته لكن فى قضاء النهاية وغيره : الأصل إذا مات لاتقبل شهادة فرعه فتشترط حياة الأصل اهـ كذا فى الهامش (قوله فيه كلام) ويؤيد كلام القهستانى قوله الآتى وبخروج أصله عن أهلها (قوله فإنه نقله عن الخانية عنها) ليس فى القهستانى ذلك ، وانظر ماذكره فى كتاب القاضى إلى القاضى (قوله والصواب ماهنا) قال فى الدر المنتقى : لكن نقل البرجندى والقهستانى كلامهما عن الخلاصة وكذا فى البحر والمنح والسراج وغيرها أنه متى خرج الأصل عن أهلية الشهادة بأن خرس أو فسق أو عمى أو جن أوارتد بطلت الشهادة اهـ فتنبه ح كذا فى الهامش (قوله وفى القهستانى) عبارته وتقبل عند أكثر المشايخ وعليه الفتوى كما فى المضمرات ، وذكر القهستانى أيضا أن الأول ظاهر الرواية وعليه الفتوى .

وفى البحر قالوا : الأول أحسن ، وهو ظاهر الرواية كما فى الحاوى ، والثانى أرفق الخ : وعن محمد يجوز كيفما كان ، حتى روى عنه أنه إذا كان الأصل فى زاوية المسجد والفرع فى زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم منح وبحر (قوله أو كون المرأة مخدره) قال البزدوى : هى من لا تكون برزت بكرا كانت أو ثيبا ولا يراها غير المحارم من الرجال ، أما التى جلست على المنصة فرآها رجال أجانب كما هو عادة بعض البلاد لا تكون مخدرة حموى (قوله فى الوكالة) وذكره هنا أيضا (قوله عند القاضى) قاله فى المنح (قوله لإطلاق جواز الإشهاد) يعنى يجوز أن يشهد وهو صحيح أو سقيم ونحوه ، ولكن لا تجوز الشهادة عند القاضى إلا وما ذكر موجود .

قال فى البحر نقلا عن خزانة المفتين : والإشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالأصول عذر ، حتى

كما مر (و) بشرط (شهادة عدد) نصاب ولو رجلا وامرأتين ، وما فى الحاوى غلط بحر (عن كل أصل) ولو امرأة (لا تغاير فرعى هذا وذاك) خلافا للشافعى (و) كيفيتها أن (يقول الأصل مخاطبا للفرع) ولو ابنه بحر (اشهد على شهادتى أنى أشهد بكذا) ويكفى سكوت الفرع ،ولو رده ارتدقنية ، ولا ينبغى أن يشهد على شهادة من ليس بعدل عنده حاوى (ويقول الفرع وأشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) هذا أوسط العبارات وفيه خمس شينات ، والأقصر أن يقول اشهد على شهادتى بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادته ، وكذا فتوى السرخسى وغيره ابن كمال وهو الأصح كما فى القهستانى عن الزاهدى :

لو حل بهم العذر يشهد الفروع اه : ومثله فى المنح عن السراجية (قوله كما مر) أى فى قوله وجاز الإشهاد مطلقا (قوله وما فى الحاوى غلط) من أنه لا تقبل شهادة النساء على الشهادة . وفى الهامش : ولو شهد على شهادة رجل وأحدهما يشهد بنفسه أيضا لم يجز ، كذا فى محيط السرخسى فتاوى الهندية (قوله عن كل أصل) فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل ولكن لايقضى حتى يشهد شاهد آخر لأن الثابت بشهادتهم شهادة واحد بحر عن الخزانة ، وأفاد أنه لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره يصح ، وصرح به فى البزازية (قوله وذاك) يعنى بأن يكون لكل شاهد شاهدان متغايران بل يكفى شاهدان على كل أصل (قوله ولو ابنه) كما يأتى متنا (قوله إنى أشهد بكذا) قيد بقوله أشهد لأنه بدونه لا يسعه أن يشهد على شهادته وإن سمعها منه لأنه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ، وبقوله على شهادتى لأنه لو قال اشهد علىّ بذلك لم يجز لاحتمال أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب وبعلىّ ، لأنه لو قال بشهادتى لم يجز لاحتمال أن يكون أمرا بأن يشهد مثل شهادتى بالكذب وبالشهادة على الشهادة لأن الشهادة بقضاء القاضى صحيحة وإن لم يشهدهما القاضى عليه (قوله سكوت الفرع) أى عند تحميله .

قال فى البحر : لو قال لا أقبل . قال فى القنية : ينبغى أن لا يصير شاهدا حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل اه (قوله حاوى) لقله فى البحر ، ثم قال بعد ورقة ، وفى خزانة المفتين ، الفرع إذا لم يعرف الأصل بعدالة ولا غيرها فهو مسىء فى الشهادة على شهادته بتركه الاحتياط اه . وقالوا الإساءة أفحش من الكراهة اه : لكن ذكر الشارح فى شرحه على المنار أنها دونها ، ورأيت مثله فى التقرير شرح البزدوى والتحقيق وغيرهما تأمل (قوله أن فلانا الخ) ويذكر اسمه واسم أبيه وجده فإنه لا بد منه كما فى البحر (قوله هذا أوسط العبارات) والأطول أن يقول أشهد أن فلانا شهد عندى أن لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك ففيه ثمان شينات (قوله وعليه فتوى السرخسى) قال فى الفتح : وهو اختيار الفقيه أبى الليث وأستاذه أبو جعفر ، وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة :

وحكى أن فقهاء زمن أبى جعفر خالفوه واشترطوا زيادة طويلة فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له : قال فى الذخيرة : فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل ، وكلام المصنف أى صاحب الهداية يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث حكاه ، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر. ثم قال : وخير الأمور أوساطها .

وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر بثلاث شينات وهو أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ، ثم قال : وما ذكره القدورى أولى وأحوط ، ثم حكى خلافا فى أن قوله وقال لى اشهد على شهادتى شرط عند أبى حنيفة ومحمد ، فلا يجوز تركه لأنه إذا لم يقله احتمل أنه أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب وأنه أمره على وجه التحمل فلا يثبت بالشك : وعند أبى يوسف يجوز لأن أمر الشاهد محمول على

(ويكفى تعديل الفرع لأصله) إن عرف الفروع بالعدالة وإلا لزم تعديل الكل (ك) ما يكفى تعديل (أحد الشاهدين صاحبه) فى الأصح لأن العدل لايتهم بمثله (وإن سكت) الفرع (عنه نظر) القاضى (فى حاله) وكذالو قال لاأعرف حاله على الصحيح شرنبلالية وشرح المجمع ،وكذا لو قال ليس بعدل على مافى القهستانى عن المحيط فتنبه.
(وتبطل شهادة الفرع) بأمور بنهيهم عن الشهادة على الأظهر خلاصة وسيجىء متنا ما يخالفه ، وبخروج أصله عن أهليتها كفسق وخرس وعمى و (بإنكار أصله الشهادة) كقولهم

الصحة ما أمكن اه . والوجه فى شهود الزمان القول بقولها وإن كان فيهم العارف المتدين، لأن الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم اه ما فى الفتح باختصار :

وحاصله أنه اختار ما اختاره فى الهداية وشرح القدورى من لزوم خمس شينات فى الأداء ، وهو ما جرى عليه فى المتون كالقدورى والكنز والغرر والملتقى والإصلاح ومواهب الرحمن وغيرها (قوله الفرع لأصله) لأنه من أهل التزكية هداية (قوله وإلا لزم تعديل الكل) هذا عند أبى يوسف. وقال محمد لاتقبل لأنه لاشهادة إلا بالعدالة ، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل . ولأبى يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم فيتعرف القاضى العدالة ، كما إذا شهدوا بأنفسهم كذا فى الهداية وفى البحر : وقوله وإلا صادق بصور الأولى أن يسكتوا وهو المراد هنا كما أفصح به فى الهداية . الثانية أن يقولوا لا نخبرك فجعله فى الخانية على الخلاف بين الشيخين ، وذكر الخصاف أن عدم القبول ظاهر الرواية ، وذكر الحلوانى أنها تقبل وهو الصحيح لأن الأصل بقى مستورا ، إذ يحتمل الجرح والتوقف فلا يثبت الجرح بالشك . ووجه المشهور أنه جرح للأصول ، واستشهد الخصاف بأنهما لو قالا إنا نتهمه فى الشهادة لم يقبل القاضى شهادته ، وما استشهد به هو الصورة الثالثة وقد ذكرها فى الخانية اه ملخصا ، وحيث كان المراد الأولى فقول الشارح وإلا ازم الخ، تكرار مع ما فى المتن (قوله لأن العدل لا يتهم بمثله) كذا علل فى البحر ، وفيه عود الضمير على غير مذكور وأصل العبارة فى الهداية حيث قال : وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر يجوز لمـا قلنا ، غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته ولكن العدل لا يتهم بمثله كما لايتهم فى شهادة نفسه اه . قال فى النهاية : أى بمثل ما ذكرت منه الشبهة :

وحاصل ما فى الفتح أن بعضهم قال لايجوز لأنه متهم حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادة : والجواب أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهى القضاء بها، فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه (قوله فى حاله) فيسأله عن عدالته فإذا ظهرت قبله وإلا لا منح (قوله على ما فى القهستانى) عبارته : وفيه إيماء إلى أنه لو قال الفرع إن الأصل ليس بعدل أو لا أعرفه لم تقبل شهادته كما قال الخصاف : وعن أبى يوسف أنه تقبل ، وهو الصحيح على ما قال الحلوانى كما فى المحيط اه . فتأمل النقل مدنى (قوله عن المحيط) ذكر فى التتارخانية خلافه ولم يذكر فيه خلافا ، وكيف هذا مع أنهما لو قالا نتهمه لا تقبل شهادتهما ، وظاهر استشهاد الخصاف به كما مر أنه لا خلاف فيه : وفى البزازية شهدا عن أصل ، وقالا : لا خير فيه وزكاه غيرهما لا يقبل ، وإن جرحه أحدهما لا يلتفت إليه اه . (قوله بأمور) عد منها فى البحر حضور الأصل قبل القضاء مستدلا بمافى الخانية ، ولو أن فروعا شهدوا على شهادة الأصول ثم حضر الأصول قبل القضاء لايقضى بشهادة الفروع اه .

لكن قال فى البحر، وظاهر قوله لايقضى دون أن يقول بطل الإشهاد أن الأصول لو غابوا بعد ذلك قضى بشهادتهم اه . فلهذا تركه الشارح (قوله ما يخالفه) وهو خلاف الأظهر (قوله وبإنكار أصله الشهادة) هكذا

مالنا شهادة أو لم نشهدهم أو أشهدناهم وغلطنا ، ولو سئلوا فسكتوا قبلت خلاصة (شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا أخبرانا بمعرفتها وجاء المدعى بامرأة لم يعرفها أنها هى قيل له هات شاهدين أنها هى فلانة) ولو مقرة (ومثله الكتاب الحكمى) وهو كتاب القاضى إلى القاضى لأنه كالشهادة على الشهادة ، فلو جاء المدعى برجل لم يعرفاه كلف إثبات أنه هو ولو مقرا لاحتمال التزوير بحر ، ويلزم مدعى الاشتراك البيان كما بسطه قاضيخان (ولو قالا فيهما التميمية لم تجز حتى ينسباها إلى فخذها) كجدها ،ويكفى نسبتها لزوجها ، والمقصود الإعلام (أشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح) أى نهيه ، فله أن يشهد على ذلك درر وأقره المصنف هنا ، لكنه قدم ترجيح خلافه عن الخلاصة .

(كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر ؛ وتقبل شهادة رجل على شهادة أبيه وعلى قضاء أبيه) فى الصحيح درر خلافا للملتقط (من ظهر أنه

وقع التعبير فى كثير من المعتبرات . وفى الشرنبلالية عن الفاضل جوى زاده ما يفيد أن الأولى التعبير بالإشهاد ، لأن إنكار الشهادة لا يشمل ما إذا قال لى شهادة على هذه الحادثة لكن لم أشهدهم ، بخلاف إنكار الإشهاد فإنه يشمل لهذا ويشمل إنكار الشهادة لأن إنكارها يستلزم إنكاره فإنكار الإشهاد نوعان صريح وضمنى ، ولذا عبر الزيلعى وصاحب البحر بالإشهاد ، وبه اندفع اعتراض الدرر على الزيلعى ، وظهر أيضا أن قول الشارح هنا أو لم نشهدهم ليس فى محله لأنه ليس من أفراد إنكار الشهادة لأن معناه لنا شهادة ولم نشهدهم فتأمل (قوله ما لنا شهادة) يعنى ثم غابوا أو مرضوا ثم جاء الفروع فشهدوا لاتقبل (قوله وغلطنا) هو فى معنى إنكار الشهادة تأمل (قوله قيل له هات الخ) فهذا من قبيل ما مر شهادة قاصرة يتمها غيرهم كذا فى الهامش (قوله ولو مقرة) فلعلها غيرها فلابد من تعريفها بتلك النسبة منح (قوله إلى القاضى) فإن كتب أن فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعى امرأة عند القاضى المكتوب إليه وأنكرت المرأة أن تكون هى المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها المنسوبة بتلك النسبة كما فى المسألة الأولى كذا فى العينى مدنى (قوله لاحتمال التزوير) أى بأن يتواطأ المدعى مع ذلك الرجل (قوله البيان) يعنى إذا ادعى المدعى عليه أن غيره يشاركه فى الاسم والنسب كان عليه البيان ح كذا فى الهامش : أى يقول له القاضى أثبت ذلك ، فإن أثبت تندفع عنه الخصومة كما لو علم القاضى بمشارك له فى الاسم والنسب ، وإن لم يثبت ذلك يكون خصما (قوله فيهما) أى فى الشهادة وكتاب القاضى (قوله إلى فخذها) بسكون الخاء وكسرها ، يريد به القبيلة الخاصة التى ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قولين للغويين وهو فى الصحاح :

وفى الجمهرة : جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن ، وجعله فى ديوان أقل من البطن وكذا صاحب الكشاف . قال : العرب على ست طبقات ، الشعب كمضر وربيعة وحمير ، سميت به لأن القبائل تنشعب عنها ، والقبيلة ككنانة ، والعمارة كقريش ، والبطن كقصى ، والفخذ كهاشم ، والفصيلة كالعباس وكل واحد يجمع ما بعده ، فالشعب يجمع القبائل ، والعمارة تجمع البطون وهكذا ، وعليه فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها إلى الفصيلة ، والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين فتح ملخصا (قوله كجدها) الألسب أوجدها (قوله والمقصود الإعلام) قال فى الفتح : ولا يخفى أنه ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضى لأنه قد لا يعرفه وإن نسبه إلى مائة جد بل ليثبت الاختصاص ويزول الاشتراك ، فإنه قلما يتفق اثنان فى اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما ، فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى بذلك ، إلا وجه منه ما فى الفصولين من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء ، غير أنهم اختلفوا فى اللقب

شهد بزور) بأن أقر على نفسه ولم يدع سهوا أو غلطا كما حرره ابن الكمال، ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفى (عزر بالتشهير) وعليه الفتوى سراجية، وزاد ضربه وحبسه مجمع. وفى البحر: وظاهر كلامهم أن للقاضى أن يسحم وجهه إذا رآه سياسة، وقيل إن رجع مصرا ضرب إجماعا، وإن تائبا لم يعزر إجماعا، وتفويض مدة توبته لرأى القاضى على الصحيح لو فاسقا، ولو عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا.

قلت: وعن الثانى تقبل، وبه يفتى عينى وغيره، والله أعلم.

مع الاسم هل هما واحد أولا اهـ. والمراد بالثلاثة اسمه واسم أبيه وجده أو صناعته أو فخذه فإنه يكفى عن الجد خلافا لما فى البزازية.

ففى الهداية: ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عندهما خلافا لأبى يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى أى فى ذلك الفخذ الخاص، فنزل منزلة الجد الأدنى وفى إيضاح الإصلاح وفى العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لأنهم ضيعوا أنسابهم، والأولى أن يقول بدل الأعلام رفع الاشتراك، لأن الأعلام بأن يعرف غير مراد كما مر. والبحر عن البزازية: وإن كان معروفا بالاسم المجرد مشهورا كشهرة الإمام أبى حنيفة يكفى عن ذكر الأب والجد، ولو كنى بلا تسمية لم يقبل إلا إذا كان مشهورا كالإمام والرجال والنساء فيها سواء بحر عن كافى الحاكم (قوله بأن أقر على نفسه) قال فى البحر: (قوله شهد بزور) وقيد بإقراره لأنه لا يحكم به إلا بإقراره. وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيجىء حيا، كذا فى فتح القدير وبحث فيه الرملى فى حاشية البحر.

واعترض بالإقرار صدر الشريعة بأنه قد يعلم بدونه، كما إذا شهد بموت زيد أو بأن فلانا قتله ثم ظهر زيد حيا أو برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما ليس فى السماء علة ولم ير الهلال. وأجاب فى العناية بأنه لم يذكره إما لندرته وإما لأنه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك فهو بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم. وفى اليعقوبية أيضا يمكن أن يحمل قوله لا يعلم إلا بإقرار على الحصر الإضافى بقرينة قوله لا يعلم بالبينة. وأجاب ابن الكمال بأن الشهادة بالموت تجوز بالتسامع وكذا بالنسب، فيجوز أن يقول رأيت قتيلا سمعت الناس يقولون إنه عمرو ابن زيد. وأما الشهادة على رؤية الهلال فالأمر فيه أوسع اهـ. (قوله ولا يمكن إثباته) أى إثبات تزويره، أما إثبات إقراره فممكن كما لا يخفى تأمل (قوله وزاد ضربه) قال فى البحر: ورجح فى فتح القدير قولهما وقال: إنه الحق (قوله أن يسحم) السحم بضم السين وسكون الحاء المهملتين السودوانى كذا فى الهامش (قوله إذا رآه سياسة) قدم الشارح فى آخر باب حد القذف ما يخالف هذا حيث قال: واعلم أنهم يذكرون فى حكم السياسة أن الإمام يفعلها ولم يقولوا القاضى فظاهره أن القاضى ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها فليحرر فتال (قوله مصرا) قال فى الفتح: واعلم أنه قد قيل إن المسألة على ثلاثة أوجه إن رجع على سبيل الإصرار، مثل أن يقول لعم شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب بالاتفاق، وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر إتفاقا، وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور، وقيل لا خلاف بينهم فجوابه فى التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعى الله تعالى. وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة (قوله أبدا) لأن عدالته لا تعتمد مثلا على (قوله تقبل) أى من غير ضرب مرة كما فى البحر عن الخلاصة قبيل قوله والأقلف. وفى الخانية: المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبى يوسف أنه لا تقبل شهادته أبدا لأنه لا تعرف توبته. وروى الفقيه: أبو جعفر أنه تقبل وعليه الاعتماد اهـ. وكلام الشارح صريح فى أن الرواية الثانية عن أبى يوسف أيضا تأمل.

باب الرجوع عن الشهادة

(هو أن يقول رجعت عما شهدت به ونحوه ، فلو أنكرها لا) يكون رجوعا (و) الرجوع (شرطه مجلس القاضى) ولو غير الأول لأنه فسخ أو توبة وهى بحسب الجناية كما قال عليه الصلاة والسلام « السر بالسر والعلانية بالعلانية » (فلو ادعى) المشهود عليه (رجوعهما عند غيره وبرهن) أو أراد يمينهما (لا يقبل) لفساد الدعوى، بخلاف ما لو ادعى وقوعه عند قاض وتضمينه إياهما ملتقى أو برهن أنهما أقرا برجوعهما عند غير القاضى قبل وجعل إنشاء للحال ابن ملك (فإن رجعا قبل الحكم بها سقطت ولا ضمان) وعزر ولو عن بعضها لأنه فسق نفسه جامع الفصولين (وبعده لم يفسخ) الحكم (مطلقا) لترجحه بالقضاء (بخلاف ظهور الشاهد عبدا أو محدودا فى قذف) فإن القضاء يبطل ويرد ما أخذ وتلزم الدية لو قصاصا ، ولا يضمن الشهود لما مر أن الحاكم إذا أخطأ فالغرم على المقتضى له شرح تكملة (وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه)

باب الرجوع عن الشهادة

(قوله فلو أنكرها) أى بعد القضاء (قوله مجلس القاضى) وتتوقف صحة الرجوع على القضاء به أو بالضمان خلافا لمن استبعده كما نبه عليه فى الفتح : وفيه أيضا : ويتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع فى غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شىء ، ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع (قوله لأنه فسخ) تعليل لاشتراط مجلس القاضى ، وقوله فسخ أى فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس القاضى منح (قوله وهى) أى التوبة (قوله فلو ادعى) بيان لفائدة اشتراط مجلس القاضى (قوله عند غيره) أى عند غير القاضى ولو شرطيا كما فى المحيط (قوله لا يقبل) أى ولا يستحلف (قوله لفساد الدعوى) أى لأن مجلس القاضى شرط للرجوع فكان مدعيا رجوعا باطلا ، والبينة أو طلب اليمين إنما يكون بعد الدعوى الصحيحة (قوله وتضمينه) أى القاضى أى حكمه عليهما بالضمان (قوله سقطت) أى الشهادة فلا يقضى القاضى بها لتعارض الخبرين بلا مرجح للأول (قوله وعزر) قال فى الفتح : قالوا يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر فى أنه توبة عن تعمد الزور وإن تعمده أو السهو والعجلة إن كان أخطأ فيه ، ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اه . وأجاب فى البحر بأن رجوعه قبل القضاء قد يكون لقصد إتلاف الحق أو كون المشهود عليه غره بمال لا لما ذكره ، وبعد القضاء قد يكون لظنه بجهله أنه إتلاف على المشهود له مع أنه إتلاف لما له بالغرامة (قوله عن بعضها) كما لو شهدا بدار وبنائها أو بأتان وولدها ثم رجعا فى البناء والولد لم يقض بالأصل منح (قوله مطلقا) قال فى المنح : وقولى مطلقا يشمل ما إذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد فى العدالة أو دونه أو أفضل منه ، وهكذا أطلق فى أكثر الكتب متونا وشروحا وفتاوى . وفى المحيط يصح رجوعه لو حاله بعد الرجوع أفضل منه وقت الشهادة فى العدالة وإلا لا ويعزر ورده فى البحر . ونقل فى الفتح أنه قول أبى حنيفة أولا ، وهو قول شيخه حماد ثم رجع إلى قولهما ، وعليه استقر المذهب ، وعزاه فى البحر أيضا إلى كافى الحاكم (قوله لترجحه) الأولى لترجحها (قوله ويرد ما أخذ) أى إلى المقضى عليه بحر (قوله إذا أخطأ) وهنا أخطأ بعدم الفحص عن حال الشهود (قوله وضمنا ما أتلفاه) اعلم أن تضمين الشاهد لم ينحصر فى رجوعه مثل ما إذا ذكر شيئا لازما للقضاء ثم ظهر بخلافه كما أوضحه فى لسان الحكام وأشار إليه فى البحر فراجعهما :

وذكر فى البحر ما يسقط به ضمان الشاهد : ويؤخذ من قوله أتلفاه أنه لو لم يضف التلف إليهما لا يضمنان ،

لتسببهما تعديا مع تعذر تضمين المباشر لأنه كالملجأ إلى القضاء (قبض المدعى المال أولا به يفتى) بحر وبزازية وخلاصة وخزانة المفتين ، وقيده فى الوقاية والكنز والدرر والملتقى بما إذا قبض المال لعدم الإتلاف قبله ، وقيل إن المال عينا فكالأول ، وإن دينا فكالثانى وأقره القهستانى (والعبرة فيه لمن بقى) من الشهود (لا لمن رجع فإن رجع أحدهما ضمن النصف ، وإن رجع أحد ثلاثة لم يضمن ، وإن رجع آخر ضمنا النصف ، وإن رجعت امرأة من رجل وامرأتين

كما لو شهدا بنسب قبل الموت فمات المشهود عليه ورث المشهود له المال من المشهود عليه ثم رجعا لم يضمنا لأنه ورث بالموت وذلك لأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا فيضاف للموت ذكره الزيلعى فى إقرار المريض سائحانى عن المقدسى :

قلت : وفى البحر عن العتابية شهدوا على أنه أبرأه من الدين ثم مات الغريم مفلسا ثم رجعا لم يضمنا للطالب لأنه نوى ما عليه بالإفلاس اهـ (قوله لتسببهما) قال فى البحر : وفى إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعى لأن الحكم ماض فاعتبر التسبب اهـ . كذا فى الهامش (قوله لأنه كالملجأ) أى القاضى (قوله وقيده الخ) أى وكذا فى الهداية والمختار والإصلاح ومواهب الرحمن ، وجزم به فى الجوهرة وصاحب المجمع ، وأنت على علم بأن اقتصار أرباب المتون على قول ترجيح له ، وما فى المتون مقدم على ما فى الشروح فيقدم على ما فى الفتاوى بالأولى ، وما كان ينبغى للمصنف مخالفة عامة المتون ، وما نقله فى البحر عن الخلاصة أن مافى الفتاوى هو قول الإمام الأخير لنا فيه كلامه وكأنه هو الذى غر المصنف (قوله فكالأول) أى يضمنه الشهود مطلقا قبضها المشهود له أولا لأن العين يزول ملك المشهود عليه عنها بالقضاء وفى الدين لا يزول ملكه حتى يقبضه (قوله فكالثانى) أى لو رجع الشهود قبل قبضه لا يضمنون ولو بعده يضمنون (قوله ضمن النصف) إذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف ، ويجوز أن لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة ، كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب منح (قوله لم يضمن) أى الراجع (قوله ضمنا النصف) وفى المقدسى ، فإن قيل ينبغى أن يضمن الراجع الثانى فقط لأن التلف أضيف إليه : قلنا التلف مضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره لمانع وهو من بقى فإذا رجع الثانى ظهر أن التلف بهما :

أقول : تقدم فى الحدود عن المحيط إذا شهد على حد الرجم خمسة فرجع الخامس لا ضمان ، وإن رجع الرابع ضمنا الربع ، وإن رجع ثالث يضمن الرابع ، فقوله يضمن الثالث الربع مخالف لما هنا لأن المأخوذ من باب الرجوع فى الشهادة أن الخامس والرابع والثالث يضمنون النصف أثلاثا ، فما فى المحيط إما غلط أو ضعيف أو غير مشهور . وإذا شهد أربعة على شخص بأربعمائة درهم وقضى بها فرجع أحدهم عن مائة وآخر عن تلك المائة ومائة أخرى وآخر عن تلك المائتين ومائة أخرى فعلى الراجعين خمسون أثلاثا لأن الأول لم يرجع إلا عن مائة فبقى شاهدا بثلثمائة ، والرابع الذى لم يرجع شاهد بالثلثمائة كما هو شاهد بالمائة الرابعة أيضا فوجد نصاب الشهاد فى الثلثمائة فلا ضمان فيها . وأما المائة الرابعة لما بقى الرابع شاهدا بها ورجع البقية تنصفت لأن العبرة لمن بقى فيضمنون نصفها وهو الخمسون أثلاثا ، فإن رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أرباعا يعنى المائة التى اتفقوا على الرجوع عنها ، وغير الأول يضمن الخمسين التى اتفقوا على الرجوع عنها أثلاثا : ووجه عدم ضمان المائتين والخمسين أن الأول بقى شاهدا بثلثمائة والثالث بقى شاهدا بمائتين فالمائتان تم عليها النصاب وبقى على الثالثة شاهد واحد لم يرجع ،

ضمنت الربع ، وإن رجعتا فالنصف ، وإن رجع ثمان لسوة من رجل وعشر لسوة لم يضمن ، فإن رجعت أخرى ضمن) التسع (ربعه) لبقاء ثلاثة أرباع النصاب (فإن رجعوا فالغرم بالأسداس)وقالا عليهن النصف كما لو رجعن فقط (ولا يضمن راجع فى النكاح شهد بمهر مثلها) أو أقل إذ الإتلاف بعوض كلا إتلاف (وإن زاد عليه ضمناها) لو هى المدعية وهو المنكر عزمى زاده :

(ولو شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها فلا ضمان) على المعتمد لتعذر المماثلة بين البضع والمال (بخلاف ما لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه ثم رجعا) ضمنا لها لإتلافهما المهر (وضمنا فى البيع والشراء مانقص عن قيمة المبيع) لو الشهادة على البائع (أو زاد) لوالشهادة على المشترى للإتلاف بلاعوض، ولو شهدا بالبيع وبنقد الثمن ، فلو فى شهادة واحدة

ولكن لما رجع الثلاثة غيره تنصفت فضمنوا الخمسين أثلاثا سائحانى ، وقوله والثالث بقى شاهد العلة والثانى والمسألة مذكورة فى البحر عن المحيط موجهة بعبارة أخرى فراجعه (قوله ضمنت الربع) إذ بقى على الشهادة من يبقى به ثلاثة الأرباع منح (قوله فإن رجعوا) أى رجع الكل من الرجل والنساء (قوله بالأسداس) السدس على الرجل وخمسة الأسداس على النسوة ، لأن كل امرأتين تقوم مقام رجل واحد (قوله فقط) لأنهن وإن كثرن بمنزلة رجل واحد (قوله ولا يضمن راجع الخ) هذه المسألة على ستة أوجه ، لأنهما إما أن يشهدا بمهر المثل أو بأزيد أو بأنقص ، وعلى كل فالمدعى إما هى أو هو ، ولا ضمان إلا فى صورة ما إذا شهدا عليه بأزيد ، ولو قال المصنف بعد قوله ضمناها للزوج كما فى المنح لأفاد جميع الصور خمسة منطوقا وواحدة مفهوما ولا غنى عما نقله الشارح عن العزمية ، وكان عليه أيضا أن يقول وإن بأقل ويحذف ، ولو شهدا بأصل النكاح لإيهامه أن الشهادة فى الأول ليست على أصله ، وعلى كل فقول الشارح أو أقل تكرار كما لايخفى :

قال الحلبى : فلو قال المتن ويضمن الزيادة بالرجوع من شهد على الزوج بالنكاح بأكثر من مهر المثل لاستوفى الستة واحدا منطوقا وخمسة مفهوما ، ثم ظهر لى أن المصنف أظهر ما خفى وأخفى ما ظهر من هذه الصور فذكر عدم الضمان فى الشهادة بمهر المثل ويلزم منه عدمه فى الشهادة بالأقل وصرح بضمان الزيادة ، وهذا كله لو هى المدعية كما نبه عليه الشارح وأشار به إلى أن مابعده فيما لو كان هو المدعى ، فذكر المصنف بعده أنه لا ضمان لو شهدا بأقل من مهر المثل وسكت عما لو شهدا بمهر المثل أو أكثر للعلم بأنه لا ضمان بالأولى، لأن الكلام فيما إذا كان هو المدعى ، ولم يصرح به الشارح كما صرح بالأقل فى الأول اعتمادا على ظهور المراد فتنبه (قوله على المعتمد) خلافا لما فى المنظومة النسفية وشرحها ، وتبعهما صاحب المجمع حيث ذكروا أنهما يضمنان عندهما خلافا لأبى يوسف :

قال فى الفتح : وما فى الهداية وشروحها هو المعروف ولم ينقلوا سواه ، وهو المذكور فى الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوى والذخيرة وغيرها ، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعى ، فلوكان لهم شعور بالخلاف فى المذهب لم يعرضوا عنه بالكلية ولم يشتغلوا بنقل خلاف الشافعى (قوله ولوشهدا بالبيع) قال العينى : فإن شهدا بالبيع بألف مثلا فقضى به القاضى ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن ، وإن كان أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك ، وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط ح ، ولا يظهر تفاوت بين المسألتين فى الحكم بالضمان لأنه فيهما

ضمنا القيمة ، ولو فى شهادتين ضمنا الثمن عينى :

(ولو شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف ، فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا ، وإن شاء أخذ المشترى إلى سنة وأياما اختار برىء الآخر) وتمامه فى خزانة المفتين (وفى الطلاق قبل وطء وخلوة ضمنا نصف المال المسمى (أو المتعة) إن لم يسم (ولو شهدا أنه طلقها ثلاثا وآخران أنه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير) للحرمة الغليظة (ولو بعد وطء أو خلوة فلا ضمان) ولو شهدا بالطلاق قبل الدخول وآخران بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود الطلاق ربعه اختيار :

(ولو شهدا بعتق فرجعا ضمنا القيمة) لمولاه (مطلقا) ولو معسرين لأنه ضمان إتلاف (والولاء للمعتق) لعدم تحول العتق إليهما بالضمان فلا يتحول الولاء هداية (وفى التدبير ضمنا مانقصه) وهو ثلث قيمته ، ولو مات المولى عتق من الثلث ولزمهما بقية قيمته ، وتمامه فى البحر (وفى الكتابة

يضمن القيمة لأنه فى الأولى إن كان الثمن مثل القيمة فيها وإن كان أقل منها يضمنان الزيادة أيضا اه (قوله ضمنا القيمة) لأن المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء ، ولذا قلنا لو شهدا أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لايقضى بالبيع لمقارنة مايوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فتح ، وقوله ضمنا الثمن لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك ، وإذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما فتح . زاد الزيلعى : وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك لأنهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى اه . (قوله وتمامه فى خزانة المفتين) عبارتها كما فى المنح ، فإن اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشترى ويتصدقون بالفضل ، فإن رد المشترى المبيع بعيب بالرضا أو تقايلا رجع على البائع بالثمن ولا شىء على الشهود ، وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله وإن أديا رجعا بما أديا اه (قوله ضمنا نصف المال المسمى أو المتعة الخ) لأنهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ، ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا منح (قوله قبل الدخول) قيد فى الشهادتين ح (قوله لا غير) لأنه لم يقض بشهادة شهود الواحدة لأنه لا يفيد ، لأن حكم الواحدة حرمة خفيفة وحكم الثلاث حرمة غليظة منح (قوله فلا ضمان) لتأكد المهر بالدخول فلم يقررا عليه ماكان على شرف السقوط ح (قوله ضمن شهود الدخول الخ) لأنهم قرروا عليه بشهادتهم جميع المهر وقد كان جميعه على شرف السقوط ، وهذا يقتضى أن يضمنا جميعه لكن شهود الطلاق قبل الدخول قرروا عليه نصف المهر وقد كان على شرف السقوط وقد اختص الفريق الأول بضمان نصف وتنازع مع الفريق الثانى فى ضمان النصف الآخر فيقسم عليهما فيصيب الأول ثلاثة أرباع والثانى ربع ح كذا فى الهامش (قوله اختيار) علله بأن الفريقين اتفقا على النصف فيكون على كل فريق ربعه والفرد شهود الدخول بالنصف فينفردون بضمانه اه :

فقال وفى البحر عن المحيط : ولو رجع شاهدا الطلاق لا ضمان عليهما لأنهما أوجبا نصف المهر وشاهد الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر لأنه يثبت بشهادة شهود الطلاق نصف المهر وتلف بشاهدى الدخول نصف المهر ، وإن رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدى الطلاق شىء ويجب على شاهدى الدخول الربع اه (وقوله لأنه ضمان إتلاف) بخلاف ضمان الإعتاق لأنه لم يتلف إلا ملكه ولزم منه فساد ملك صاحبه فضمنه الشارع صلة ومواساة له (قوله بقية قيمته) فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى فى ثلثه وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ولم يرجعا به على العبد ، فإن عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين

يضمنان قيمته) كلها ، وإن شاء اتبع المكاتب (ولا يعتق حتى يؤدى ماعليه إليهما) وتصدقا بالفضل والولاء لمولاه ، ولو عجز عاد لمولاه ورد قيمته على الشهود (وفى الاستيلاد يضمنان نقصان قيمتها) بأن تقوم قنة وأم ولد او جاز بيعها فيضمنان ما بينهما (فإن مات المولى عتقت وضمنا) بقية (قيمتها) أمة (للورثة) وتمامه فى العينى (وفى القصاص الدية) فى مال الشاهدين وورثاه (ولم يقتصا) لعدم المباشرة ، ولو شهدا بالعفو لم يضمنا لأن القصاص ليس بمال اختيار (وضمن شهود الفرع برجوعهم) لإضافة التلف إليهم (لا شهود الأصل بقولهم) بعد القضاء (لم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) وكذا لو قالوا رجعنا عنها لعدم إتلافهم ولا الفروع لعدم رجوعهم (ولا اعتبار بقول الفروع) بعد الحكم (كذب الأصول أو غلطوا) فلا ضمان ، ولو رجع الكل ضمن الفرع فقط (وضمن المزكون) ولو الدية (بالرجوع) عن التزكية (مع علمهم بكونهم عبيدا) خلافا لهما (أما مع الخطإ فلا) إجماعا بحر (وضمن شهود التعليق) قيمة القن ونصف المهر لو قبل الدخول (لا شهود الإحصان) لأنه شرط ، بخلاف التزكية لأنها علة (والشرط) ولو وحدهم على الصحيح عينى ؛ قال : وضمن شاهدا الإيقاع لا التفويض لأنه علة والتفويض سبب اه ؛

ويرجع به الشاهد على العبد عندهما بحر (قوله يضمنان قيمته) والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لا يحول بل تنقص ماليته فتح (قوله على الشهود) قال فى البحر بعد نقله ذلك عن المحيط : وبه علم أن ما فى فتح القدير من أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو اه (قوله وورثاه) أى المشهود عليه لو كانا وارثين له (قوله لا شهود الأصل الخ) قال المصنف فى وجهه لأنهم أنكروا أى شهود الأصل السبب وهو الإشهاد وذلك لا يبطل القضاء لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما إذا أنكروا الإشهاد قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله فتح (قوله فلا ضمان) لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع منح (قوله وضمن المزكون) قال فى البحر : وأطلق ضمانهم فشمل الدية لو زكوا شهود الزنا فرجم فإذا الشهود عبيد أو مجوس فالدية على المزكين عنده (قوله بكونهم عبيدا) بأن قالوا علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم ، وقيل الخلاف فيما إذا أخبر المزكون بالحرية بأن قالوا هم أحرار ، أما إذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لا يضمنون إجماعا لأن العبد قد يكون عدلا جوهرة (قوله أما مع الخطأ) بأن قال أخطأت فى التزكية (قوله وضمن شهود التعليق) قال فى البحر : لأنهم شهود العلة إذ التلف يحصل بسببه وهو الإعتاق والتطليق وهم أثبتوه وأطلقه فشمل تعليق العتق والطلاق ، فيضمن فى الأول القيمة وفى الثانى نصف المهر إن كان قبل الدخول كذا فى الهامش (قوله والشرط) اعلم أن الشرط عند الأصوليين مايتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر فى الحكم ولامفض إليه ، والعلة هى المؤثرة فى الحكم والسبب هو المفضى ، إلى الحكم بلا تأثير ، والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفا عليه ، وبهذا ظهر أن الإحصان شرط كما ذكر الأكثر لتوقف وجوب الحد عليه منح كذا فى الهامش (قوله شاهدا الإيقاع) قال فى منية المفتى : شهدا على أنه أمر امرأته أن تطلق نفسها وآخران أنها طلقت نفسها وذلك قبل الدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق لأنهما أثبتا السبب والتفويض شرط كونه سببا بحر كذا فى الهامش (قوله لا التفويض) أى تفويض الطلاق إلى المرأة أو تفويض العتق إلى العبد وشهد آخران أنها طلقت وأن العبد عتق الخ شمني مدني :

كتاب الوكالة

مناسبته أن كلا من الشاهد والوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره

(التوكيل صحيح) بالكتاب والسنة ، قال تعالى - فابعثوا أحدكم بورقكم - ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء ضحية ، وعليه الاجماع ، وهو خاص وعام

كتاب الوكالة

(قوله التوكيل صحيح) لم يذكر ما يصير به وكيلا ولا الفرق بين الوكيل والرسول ، وحررته فى بيوع تنقيح الحامدية . قال مجرد هذه الحواشى : ذكر المؤلف رحمه الله فى الحامدية فى الخيارات سؤالا طويلا وذيله بالفرق ، وها أنا أذكر السؤال من أصله تتميما للفائدة :

قال رحمه الله : سئل فى رجل اشترى من آخر نصف أغنام معلومة ولم يرها ووكل زيدا بقبضها ورآها زيد ويزعم الرجل أن له خيار الرؤية إذا رآها ، وإن رآها وكيله بالقبض فهل نظر الوكيل بالقبض مسقط خيار رؤية الموكل ؟ الجواب نعم ، وكفى رؤية وكيل قبض ووكيل شراء لارؤية رسول المشترى تنوير من خيار الرؤية ، ونظر الوكيل بالقبض : أى قبض المبيع سقط عند أبى حنيفة خيار رؤية الموكل كالوكيل بالشراء ، يعنى كما أن نظر الوكيل بالشراء يسقط خياره . وقالا : هو كالرسول ، يعنى نظر الوكيل بالقبض كنظر الرسول فى أنه لا يسقط الخيار ، قيد بالوكيل بالقبض لأنه لو وكل رجلا بالرؤية لا تكون رؤيته كرؤية الموكل اتفاقا كذا فى الخانية الخ ما ذكره الشارح ابن ملك ، والمسألة فى المتون وأطال فيها فى البحر فراجعه : وصورة التوكيل بالقبض كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته وما رأيته كذا فى الدرر :

أقول : ولم يذكر الفرق بين الوكيل والرسول وهو لازم . قال فى البحر : وفى المعراج : قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لايضيف العقد إلى الموكل والرسول لايستغنى عن إضافته إلى المرسل . وفى الفوائد : صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره ، كن وكيلا فى قبض المبيع أو وكلتك بقبضه . وصورة الرسول أن يقول كن رسولا عنى فى قبضه أو أرسلتك لتقبضه أوقل لفلان أن يدفع المبيع إليك ، وقيل لافرق بين الرسول والوكيل فى فصل الأمر ، بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اه كلام البحر ، وكتبت فيما علقته عليه أن قوله وفى الفوائد الخ لاينافى ما قبله لأن الأول فى الفرق بين الرسول والوكيل ، فالرسول لا بد له من إضافة العقد إلى مرسله ، لما مر عن الدرر من أنه معبر وسفير ، بخلاف الوكيل فإنه لا يضيف العقد إلى الموكل إلا فى مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن ونحوها ، فإن الوكيل فيها كالرسول ، حتى لو أضاف النكاح لنفسه كان له ، وما فى الفوائد بيان لما يصير به الوكيل وكيلا والرسول رسولا .

وحاصله أنه يصير وكيلا بألفاظ الوكالة ، ويصير رسولا بألفاظ الرسالة وبالأمر ، لكن صرح فى البدائع أن افعل كذا وأذنت لك أن تفعل كذا توكيل ، ويؤيده ما فى الولوالجية : دفع له ألفا وقال اشتر لى بها أو بع أو قال اشتر بها أو بع ولم يقل لى كان توكيلا ، وكذا اشتر بهذا الألف جارية ، وأشار إلى مال نفسه ، ولو قال اشتر هذه الجارية بألف درهم كان مشورة والشراء للمأمور إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهما ، لأن اشتراط الأجر له يدل على الإنابة اه . وأفاد أنه ليس كل أمر توكيلا بل لا بد مما يفيد كون فعل المأمور بطريق النيابة عن الآمر فليحفظ اه هذا جميع ماكتبه نقلته ، وبالله التوفيق (قوله ووكل عليه الصلاة والسلام الخ) رواه أبو داود بسند فيه مجهول ، ورواه الترمذى عن حبيب بن أبى ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه إلا من هذا

كأنت وكيلى فى كل شىء عم الكل حتى الطلاق قال الشهيد : وبه يفتى ، وخصه أبو الليث بغير طلاق وعتاق ووقف ، واعتمده فى الأشباه ، وخصه قاضيخان بالمعاوضات ، فلا يلى العتق والتبرعات وهو المذهب كما فى تنوير البصائر وزواهر الجواهر ، وسيجىء أن به يفتى ، واعتمده فى الملتقط فقال : وأما الهبات والعتاق فلا يكون وكيلا عند أبى حنيفة خلافا لمحمد .

وفى الشرنبلالية : ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة (وهو إقامة الغير مقام نفسه) ترفها أو عجزا (فى تصرف جائز معلوم ،

الوجه ، وحبيب لم يسمع عندى من حكيم إلا أن هذا داخل فى الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف : أى صاحب الهداية صح إذا كان حبيب إماما ثقة فتح (قوله كأنت وكيلى فى كل شىء) نقل فى الشرنبلالية وغيرها عن قاضيخان : لو قال لغيره أنت وكيلى فى كل شىء أو قال أنت وكيلى بكل قليل وكثير يكون وكيلا بحفظ لا غير هو الصحيح ، ولو قال أنت وكيلى فى كل شىء جائز أمرك يصير وكيلا فى جميع التصرفات المالية كبيع وشراء وهبة وصدقة .

واختلفوا فى طلاق وعتاق ووقف ، فقيل يملك ذلك لإطلاق تعميم اللفظ ، وقيل لا يملك ذلك إلا إذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه . وبه يعلم ما فى كلام الشارح سابقا ولاحقا فتدبر ، ولابن نجيم رسالة سماها [المسألة الخاصة فى الوكالة العامة] ذكر فيها ما فى الخانية وما فى فتاوى أبى جعفر ثم قال : وفى البزازية أنت وكيلى فى كل شىء جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء ويملك الهبة والصدقة ، حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل . وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ، ولا يلى العتق والتبرع ، وعليه الفتوى ، وكذا لو قال طلقت امرأتك ووهبت ووقفت أرضك فى الأصح لا يجوز اه . وفى الذخيرة أنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات ، وبه يفتى اه .

وفى الخلاصة كما فى البزازية : والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شىء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به ، وينبغى أن لا يملك الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع فدخلا تحت قول البزازى أنه لا يملك التبرع ، وظاهر أنه يملك التصرف فى مرة بعد أخرى وهل له الإقراض والهبة بشرط العوض فإنهما بالنظر إلى الابتداء تبرع ، فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء والهبة بشرط العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء ، وينبغى أن لا يملكهما الوكيل بالتوكيل العام لأنه لا يملكهما إلا من يملك التبرعات ، ولذا لا يجوز إقراض الوصى مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كانت معاوضة فى الانتهاء ، وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ، ولا يختص بمجلس القاضى لأن ذلك فى الوكيل بالخصومة لا فى العام .

فإن قلت : لو وكله بصيغة وكلتك وكالة مطلقة عامة فهل يتناول الطلاق والعتاق والتبرعات؟ قلت : لم أره صريحا والظاهر أنه لا يملكها على المفتى به لأن من الألفاظ ما صرح قاضيخان وغيره بأنه توكيل عام ومع ذلك قالوا بعدمه اه ما ذكره ابن نجيم فى رسالته ملخصا ، وقد ساقها الفتال فى حاشيته برمتها (قوله وفى الشرنبلالية) عبارتها نقلا عن الخانية : وفى فتاوى الفقيه أبو جعفر رجل قال لغيره وكلتك فى جميع أمورى وأقمتك مقام نفسى لا تكون الوكالة عامة ، ولو قال : وكلتك فى جميع أمورى التى يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة تتناول البياعات والأنكحة . وفى الوجه الأول إذا لم تكن عامة ينظر ، إن كان الرجل يختلف ليس له صناعة معروفة فالوكالة

فلو جهل ثبت الأدنى وهو الحفظ ممن يملكه) أى التصرف نظرا إلى أصل التصرف ، وإن امتنع فى بعض الأشياء بعارض النهى ابن كمال (فلا يصح توكيل مجنون وصبى لايعقل مطلقا وصبى يعقل بـ) تصرف ضار (نحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة ، وصح بما ينفعه) بلا إذن وليه (كقبول هبة ، و) صح (بما تردد بين ضرر ونفع كبيع وإجارة إن مأذونا وإلا توقف على إجازة وليه) كما لو باشره بنفسه (ولا يصح توكيل عبد محجور . وصح لو مأذونا أو مكاتبا ، وتوقف توكيل مرتد ، فإن أسلم نفذ ، وإن مات أو لحق أو قتل لا) خلافا لهما (و) صح (توكيل مسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير) وشرائهما كما مر فى البيع الفاسد (ومحرم حلالا ببيع صيد وإن امتنع عنه الموكل لعارض) النهى كما قدمنا فتنبه :

ثم ذكر شرط التوكيل فقال (إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا أو عبدا محجورا) لا يخفى أن الكلام الآن فى صحة الوكالة لا فى صحة بيع الوكيل فلذا لم يقل ويقصد تبعا للكنز :

ثم ذكر ضابط الموكل فيه فقال

باطلة ، وإن كان الرجل تاجرا تجارة معروفة تنصرف إليها اه .

وبه يعلم ما فى كلام الشارح ، إذ صورة البطلان ليست فى قوله أنت وكيلى فى كل شىء كما بنى عليه الشارح هذه العبارات بل فى غيرها وهى وكلتك فى جميع أمورى الخ إلا أن يقال هما سواء فى عدم العموم ، ولكن مبنى كلامه على أن ما ذكره عام ولكنك قد علمت ما فيه مما نقلناه سابقا أن ما ذكره ليس مما الكلام فيه اه (قوله فلو جهل) كما لو قال وكلتك بمالى منح (قوله نظرا إلى أصل التصرف الخ) جواب عما يرد على هذا الشرط وهو توكيل المسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع الصيد لأنه صحيح عنده ولا يملكه الموكل س (قوله فلا يصح توكيل مجنون) مصدر مضاف للفاعل (قوله بتصرف) متعلق بتوكيل (قوله إن مأذونا) أى إن كان الصبى الموكل مأذونا (قوله توكيل عبد) مضاف لفاعله (قوله توكيل مرتد) بخلاف توكله عن غيره كما سنذكره (قوله وإن امتنع عنه الموكل الخ) ومثله ما لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأعتقه قبل قبضه لا يصح ، ولو أمر البائع بإعتاقه يصح لأنه يصير قابضا اقتضاء كما قدمه فى البيع الفاسد (قوله فتنبه) أشار به إلا أنه لا تنافى بين كلاميه كما قدمه (قوله ثم ذكر) عطف على محذوف : أى ذكر شرط الموكل به والموكل ثم ذكر الخ تأمل (قوله يعقل العقد) أى يعقل أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بالعكس ح . وفى البحر : وما يرجع إلى الوكيل فالعقل فلا يصح توكيل مجنون وصبى لا يعقل لا البلوغ والحرية وعدم الردة ، فيصح توكيل المرتد ولا يتوقف لأن المتوقف ملكه والعلم للوكيل بالتوكيل ، فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه اه (قوله ولو صبيا) قال فى جامع أحكام الصغار : فإن كان الصبى مأذونا فى التجارة فصار وكيلا بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع جاز بيعه ولزمته العهدة ، وإن كان وكيلا بالشراء ، فإن كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا وتكون العهدة على الآمر حتى أن البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبى ، وإن وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة . وفى الاستحسان تلزمه اه فتال ، وتمامه فى البحر فى شرح قوله والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه الخ فراجعه (قوله محجورا) صفة للصبى والعبد كذا فى الهامش (قوله فلذا لم يقل ويقصده) أى البيع احترازا عن بيع الهازل والمكره كما ذكره صاحب الهداية كذا فى الهامش (قوله تبعا للكنز) أى حال كونه تابعا فى عدم القول للكنز ، وذكره صاحب الهداية محترزا به عن بيع الهازل والمكره ح (قوله ثم ذكر ضابط الموكل فيه) أى ما ذكره المصنف ضابط لا حد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمى به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس ، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمى مسلما ببيع خمره ، وهو يملكه

(بكل مايباشره) الموكل (بنفسه) لنفسه فشمل الخصومة فلذا قال (فصح بخصومة فى حقوق العباد برضا الخصم) وجوازه بلا رضاه ، وبه قالت الثلاثة ، وعليه فتوى أبى الليث وغيره ، واختاره العتابى . وصححه فى النهاية ، والمختار للفتوى تفويضه للحاكم درر (إلا أن يكون) الموكل (مريضا) لايمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه ابن كمال (أو غائبا مدة سفر أو مريدا له) ويكفى قوله أنا أريد السفر ابن كمال (أو مخدرة) لم تخالط الرجال كما مر (أو حائضا) أو نفساء (والحاكم بالمسجد) إذا لم يرض الطالب بالتأخير بحر (أو محبوسا من غير حاكم) هذه (الخصومة) فلو منه فليس بعذر بزازية بحثا (أو لا يحسن الدعوى) خانية (لا) يكون من الأعذار (إن كان) الموكل (شريفا خاصم من دونه) بل الشريف وغيره سواء بحر

لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذمى به فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به فى الجملة ، وتمامه فى البحر (قوله بكل) متعلق بقول المتن أول الباب التوكيل صحيح لنفسه أخرج الوكيل فإنه لا يوكل مع أنه يباشر بنفسه (قوله فشمل الخصومة) تفريع على قوله بكل ما يباشره ، وهو أولى من قول الكنز بكل ما يعقد لشموله العقد وغيره كما فى البحر : أى كالخصومة والقبض (قوله فصح بخصومة) شمل بعضا معينا وجميعها كما فى البحر : وفيه عن منية المفتى ، ولو وكله فى الخصومة له لاعليه ، فله إثبات ما للموكل فلو أراد المدعى عليه الدفع لم يسمع .

قال : فالحاصل أنها تتخصص بتخصيص الموكل وتعم بتعميمه . وفى البزازية : ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته فى كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز اه وتمامه فيه (قوله برضا الخصم) شمل الطالب والمطلوب بحر (قوله وجوازه الخ) قال فى الهداية : لا خلاف فى الجواز إنما الخلاف فى اللزوم ، يعنى هل ترتد الوكالة برد الخصم عند أبى حنيفة نعم وعندهما لا ويجبر جوهرة (قوله وعليه فتوى أبى الليث) أفتى الرملى بقول الإمام الذى عليه المتون واختاره غير واحد (قوله تفويضه للحاكم) بحث فيه فى البزازية ، فانظر ما فى البحر : وفى الزيلعى : أى أن القاضى إذا علم من الخصم التعنت فى الإباء عن قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ، وإن علم من الموكل قصد الإضرار لخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضا اه (قوله لا يمكنه حضور مجلس الحكم) وإن قدر على الحضور على ظهر الدابة أو ظهر إنسان ، فإن ازداد مرضه بذلك لزم توكيله ، فإن لم يزد قبل على الخلاف والصحيح لزومه كذا فى البزازية بحر (قوله ويكفى قوله أنا أريد السفر) قال فى البحر ، وفى المحيط : وإرادة السفر أمر باطنى فلابد من دليلها ، وهو إما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة ، ولا يقبل قوله إنى أريد السفر لكن القاضى ينظر فى حاله وفى عدته فإنه لا يخفى هيئة من يسافر ، كذا ذكره الشارح . وفى البزازية : وإن قال أخرج بالقافلة الفلانية سألهم عنه كما فى فسخ الإجارة . وفى خزانة المفتين : وإن كذبه الخصم فى إرادته السفر يحلفه القاضى بالله إنك تريد السفر اه (قوله إذا لم يرض الطالب) قال فى الجوهرة : إن كانت هى طالبة قبل منها التوكيل بغير رضا الخصم ، وإن كانت مطلوبة إن أخرها الطالب حتى يخرج القاضى من المسجد لا يقبل منها التوكيل بغير رضا الخصم الطالب لأنه لا عذر لها إلى التوكيل اه (قوله بزازية بحثا) عبارتها وكونه محبوسا من الأعذار يلزمه توكيله ، فعلى هذا لو كان الشاهد محبوسا له أن يشهد على شهادته . قال القاضى : إن فى سجن القاضى لا يكون عذرا لأنه يخرجه حتى يشهد ثم يعيده ، وعلى هذا يمكن أن يقال فى الدعوى أيضا كذلك بأن يجيب عن الدعوى ثم يعاد اه ،

قلت : ولا يخفى أنه مفهوم عبارة المصنف وهى ليست من عنده بل واقعة فى كلام غيره والمفاهيم حجة ، بل صرح به فى الفتح حيث قال : ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين : إن كان فى حبس هذا القاضى لا يقبل

(وله الرجوع عن الرضا قبل سماع الحاكم الدعوى) لا بعده قنية (ولو اختلفا فى كونها مخدرة إن من بنات الأشراف فالقول لها مطلقا) ولو ثيبا فيرسل أمينه ليحلفها مع شاهدين بحر وأقره المصنف (وإن من الأوساط فالقول لها لو بكرا، وإن) هى (من الأسافل فلا فى الوجهين) عملا بالظاهر بزازية (و) صح (بإيفائها و) كذا بـ (استيفائها إلا فى حد وقود) بغيبة موكله عن المجلس ملتقى (وحقوق عقد لابد من إضافته) أى ذلك العقد (إلى الوكيل كبيع وإجارة وصلح ، عن إقرار يتعلق به) ما دام حيا ولو غائبا ابن ملك (إن لم يكن محجورا كتسليم مبيع وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاقه وخصومة فى عيب بلا فصل بين حضور موكله وغيبته) لأنه العاقد حقيقة وحكما ، لكن فى الجوهرة : لو حضرا فالعهدة على آخذ الثمن لا العاقد فى أصح الأقاويل ، ولو أضاف العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقا ابن ملك فليحفظ ، فقوله لابد فيه مافيه ولذا قال ابن الكمال

التوكيل بلا رضاه لأن القاضى يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيد ، وإن كان فى حبس الوالى ولا يمكنه الوالى من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل اه (قوله وله) أى المدعى عليه (قوله فيرسل أمينه) أى القاضى (قوله فالقول لها) أى إذا وجب عليها يمين (قوله فى الوجهين) أى فيما إذا كانت بكرا أو ثيبا (قوله وصح بإيفائها) أى حقوق العباد ، أى يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق واستيفائها إلا في الحدود والقصاص لأن كلا منهما يباشره بنفسه فيملك التوكيل به ، بخلاف الحدود والقصاص فإنها تندرئ بالشبهات ، والمراد بالإيفاء هنا دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض منح (قوله إلا في حد وقود) استثناء من قوله وبإيفائها واستيفائها ، وقوله بغيبة موكله قيد للثانى فقط كما نبه عليه فى البحر ، وقوله قبله باستيفائها : أى وكذا بإثباتها بالبينة عند الإمام أبى حنيفة خلافا لأبى يوسف ، ولم يصرح به هنا لدخوله فى قوله فصح بخصومة كما فى البحر (قوله يتعلق به) أى بالوكيل منح (قوله ما دام حيا ولو غائبا) فإذا باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن كما فى البحر عن المحيط ، وقوله ما دام حيا عزاه فى البحر إلى الصغرى ، ولكن قال بعده : وشمل ما إذا مات ، لما فى البزازية : إن مات الوكيل عن وصى قال الفضلى تنتقل الحقوق إلى وصيه لا الموكل ، وإن لم يكن وصى يرفع إلى الحاكم ينصب وصيا عند القبض وهو المعقول : وقيل ينتقل إلى موكله ولاية قبضه فيحتاط عند الفتوى اه :

ثم قال فى البحر بعد ورقة ونصف : والوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ويبقى الأجل فى حق الموكل وجزمه هنا أن يدل على أن المعتمد فى المذهب ماقال إنه المعقول ، وقد أفتيت به بعد ماا حتطت كما قال فيما سبق اه (قوله إن لم يكن) أى الوكيل (قوله محجورا) فإن كان محجورا كالعبد والصبى المحجورين فإنهما إذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق حقوق عقدهما بالموكل س (قوله كتسليم مبيع) بيان لحقوق العقد (قوله ورجوع به عند استحقاقه) شامل لمسألتين :

الأولى ما إذا كان الوكيل بائعا وقبض الثمن من المشترى ثم استحق المبيع ، فإن المشترى يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقيا فى يده أو سلمه إلى الموكل وهو يرجع على موكله :

الثانية ما إذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده فإنه يرجع بالثمن على البائع دون موكله . وفى البزازية : المشترى من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشترى منه وهو على الوكيل والوكيل على الموكل ، وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن اه بحر (قوله في عيب) شامل لمسألتين أيضا : أما إذا كان بائعا فيرده المشترى عليه ، وما إذا كان مشتريا فيرده الوكيل على بائعه ، لكن بشرط كونه في يده ، فإن سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه كما سيأتى فى الكتاب بحر (قوله ولو أضاف الخ) رده فى البحر فراجعه ، فلا يرد اعتراضه على المصنف : وههنا كلام فى حاشية الفتال وحاشية أبى السعود فراجعه وكذا فى نور العين فى أحكام

يكتفى بالإضافة إلى نفسه فافهم ٥

(وشرط الموكل عدم تعلق الحقوق به) أى بالوكيل (لغو) باطل جوهرة (والملك يثبت للموكل ابتداء) فى الأصح (فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ولا يفسد نكاح زوجته به و) لكن (هما) ثابتان (على الموكل لو اشترى وكيله قريب موكله زوجته) لأن الموجب للعتق والفساد الملك المستقر (وفى كل عقد لا بد من إضافته إلى موكله) يعنى لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله ، حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح ابن كمال (كنكاح وخلع وصلح عن دم عمد أو عن إنكار وعتق على مال وكتابة وهبة وتصدق وإعارة وإيداع ورهن وإقراض) وشركة ومضاربة عينى (تتعلق بموكله) لا به لكونه فيها سفيرا محضا ، حتى لو أضافه لنفسه وقع النكاح له فكان كالرسول (فلا مطالبة عليه) فى النكاح (بمهر وتسليم) للزوجة (وللمشترى الإباء عن دفع الثمن للموكل وإن دفع) له (صح ولو مع نهى الوكيل) استحسانا (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لعدم الفائدة ، نعم تقع المقاصة بدين الوكيل لو وحده ويضمنه لموكله ،

الوكالة فى الفصل الثالث والثلاثين ، وكتبته فى هامش البحر (قوله يكتفى) أى من غير لزوم (قوله لأن الموجب الخ) هذا لا يناسب كلام المصنف ، بل هو جار على القول الثانى من أنه يثبت للوكيل ابتداء ثم ينتقل إلى الموكل (قوله حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح) أى لا يصح على الموكل فلا ينافى قوله الآتى حتى لو أضاف النكاح لنفسه وقع النكاح له كما ظن : وفى البزازية الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال إن فلانا أمرنى أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل لأن عهدتهما على الموكل على كل حال ، ولو أخرج الكلام فى النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه صح إلا فى النكاح : والفرق أنه فى الطلاق أضافه إلى الموكل معنى لأنه بناء على ملك الرقبة وهى للموكل فى الطلاق والعتاق ، فأما فى النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان بالنكاح من جانبها وأخرج مخرج الوكالة لايصير مخالفا لإضافته إلى المرأة معنى فكأنه قال ملكتك بضع موكلتى اهـ . قال فى البحر : فعلى هذا معنى الإضافة إلى الموكل مختلف ، ففى وكيل النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط ، وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه اهـ . وفى حاشية الفتال عن الأشباه : الوكيل بالإبراء إذا أبرأ ولم يضفه إلى موكله لم يصح كذا فى الخزانة اهـ .

أقول : وظاهر ما فى البحر أنه لا تلزم الإضافة إلا فى النكاح ، وهو مخالف لكلامهم فانظر ما فى الدرر والدرر ، وانظر ما علقناه على البحر وراجع أيمان شرح الوهبانية (قوله أو عن إنكار) هذا الصلح لا تصلح إضافته إلى الوكيل ، بخلاف الصلح عن إقرار فإنه تصح إضافته إلى كل منهما ، وقد عرفت اختلاف الإضافة فى الموضعين فافترق الصلحان فى الإضافة ابن كمال : وفيه رد على صدر الشريعة حيث قال لا فرق فيهما (قوله وهبة وتصدق) أنظر ما حقوق الهبة والصدقة المتعلقة بالموكل (قوله سفيرا) السفير الرسول والمصلح بين القوم صحاح كذا فى الهامش فإنه يضيفهما إلى موكله فإنه يقول خالعك ،وكلى بكذا وكذا فى أمثاله ابن ملك مجمع (قوله بمهر) أى إذا كان وكيل الزوج (قوله وتسليم) أى إذا كان وكيلها (قوله للموكل) لكونه أجنبيا عن الحقوق لرجوعهما إلى الوكيل أصالة (قوله نعم تقع المقاصة) فلو كان للمشترى على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد بوصول الحق إليه بطريق التقاص ، ولو كان له دين عليهما تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ، ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل . وقال أبو يوسف رضى الله عنه : لا تقع المقاصة بدين الوكيل ، بخلاف ما إذا باع مال اليتيم ودفع المشترى الثمن إلى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصى لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلا فلا يكون له الأخذ من الدين

بخلاف وكيل يتيم وصرف عينى (ومثله) أى مثل الوكيل عبد (مأذون لادين عليه مع مولاه) فلا يملك قبض ديونه ، ولو قبض صح استحسانا ما لم يكن عليه دين لأنه للغرماء بزازية .

[فرع] التوكيل بالاستقراض باطل لا الرسالة درر ، والتوكيل بقبض القرض صحيح فتنبه .

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أنها إن عمت أو علمت أو جهلت جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت وإن فاحشة وهى جهالة الجنس كدابة بطلت ، وإن متوسطة كعبد ، فإن بين الثمن أو الصفة كتركى صحت وإلا لا .

(وكله بشراء ثوب هروى أو فرس أو بغل صح) بما يحتمله حال الآمر زيلعى فراجعه (وإن لم يسم) ثمنا لأنه من القسم الأول (وبشراء دار أو عبدجاز إن سمى) الموكل (ثمنا يخصص) نوعا أولا بحر (أو نوعا كحبشى) زاد فى البزازية : أو قدرا كـكذا قفيزا (وإلا) يسم ذلك (لا) يصح وألحق بجهالة الجنس (و) هى مالو وكله

فيكون الدفع إليه تضييعا فلا يعتد به ، وبخلاف الوكيل فى الصرف إذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه اهـ عينى كذا فى الهامش (قوله بخلاف) متعلق بقوله وإن دفع له ح ، وقوله وكيل يتيم : أى وصيه (قوله فلا يملك) أى المولى (قوله بقبض القرض) بأن يقول الرجل أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه بحر عن القنية .

[فرع] التوكيل بالإقرار صحيح ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقرارا من الموكل: وعن الطواويسى : معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح إقراره على الموكل كذا فى البزازية ، وللشافعية فيها قولان : أصحهما لا يصح ، وقدم الشيخ يعنى صاحب البحر فى كتاب الشركة فى الكلام على الشركة الفاسدة أنه لا يصح التوكيل فى المباح وأنه باطل رملى على البحر ، والفرع سيأتى متنا فى باب الوكالة بالخصومة ، والله أعلم .

باب الوكالة بالبيع والشراء

(قوله إن عمت) بأن يقول ابتع لى ما رأيت لأنه فوض الأمر إلى رأيه فأى شىء يشتريه يكون ممتثلا درر . وفى البحر عن البزازية : ولو وكله بشراء أى ثوب شاء صح ، ولو قال اشتر لى الأثواب لم يذكره محمد ، قيل يجوز ، وقيل لا ، ولو أثوابا لا يجوز ، ولو ثيابا أو الدواب أو الثياب أو دواب يجوز وإن لم يقدر الثمن (قوله بطلت) أى وإن بين الثمن (قوله متوسطة) أوضحه فى النهاية (قوله زيلعى) عبارته لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر فى حاله ح .

وفى الكفاية : فإن قيل الحمير أنواع : منها ما يصلح لركوب العظماء ، ومنها ما لا يصلح إلا ليحمل عليه : قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل ، حتى قالوا إن الغازى إذا أمر إنسانا بأن يشترى له حمارا ينصرف إلى ما يركب مثله ، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز عليه اهـ (قوله القسم الأول) أى ما فيه جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض (قوله دار أو عبد) جعل الدار كالعبد تبعا للكنز موافقا لقاضيخان ، لكنه شرط مع بيان المحلة كما فى فتاواه مخالفا للهداية فإنه جعلها كالثوب لأنها تختلف باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان . وذكر فى المعراج أنه مخالف لرواية المبسوط : قال : والمتأخرون قالوا : فى ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحال . ووفق فى البحر بحمل ما فى الهداية على ما إذا كانت تختلف فى تلك الدار اختلافا فاحشا وكلام غيره على غيره (قوله أولا) بأن كان يوجد بهذا الثمن أنواع (قوله وهى)

(بشراء ثوب أو دابة لا) يصح وإن سمى ثمنا للجهالة الفاحشة (وبشراء طعام وبين قدره أو دفع ثمنه وقع) فى عرفنا (على المعتاد) المهيأ (للأكل) من كل مطعوم يمكن أكله بلا إدام (كلحم مطبوخ أومشوى) وبه قالت الثلاثة ، وبه يفتى عينى وغيره اعتبارا للعرف كما فى اليمين (وفى الوصية له) أى لشخص (بطعام يدخل كل مطعوم) ولو دواء به حلاوة كسكنجبين بزازية :

(وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع فى يده) لتعلق الحقوق به (ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته) موت الوكيل (فإن لم يكونا فلموكله ذلك) أى الرد بالعيب وكذا الوكيل بالبيع وهذا إذا لم يسلمه (فلو سلمه إلى موكله امتنع رده إلا بأمره) لانتهاء الوكالة بالتسليم بخلاف وكيل باع فاسدا فله الفسخ مطلقا لحق الشرع قنية (و) للوكيل (حبس المبيع بثمن دفعه) الوكيل (من ماله أولا) بالأولى لأنه كالبائع (ولو اشتراه) الوكيل (بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل المطالبة به حالا) وهى الحيلة خلاصة ، ولو وهبه كل الثمن رجع بكله ولو بعضه رجع بالباقى لأنه حط بحر :

(هلك المبيع من يده قبل حبسه هلك من مال موكله ولم يسقط الثمن) لأن يده كيده (ولو) هلك (بعد حبسه فهو كمبيع) فيهلك بالثمن ، وعند الثانى كرهن (ولا اعتبار بمفارقة الموكل) ولو حاضرا كما اعتمده المصنف تبعا للبحر خلافا للعينى وابن ملك (بل بمفارقة الوكيل)

أى جهالة الجنس (قوله بشراء ثوب أو دابة الخ) أقول : سيأتى متنا فى هذا الباب لو وكله بشراء شىء بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل أو شراه بماله : أى مال الموكل ، والظاهر أنه مقيد بما إذا سمى ثمنا أو نوعا تأمل ، ويكون قوله بغير عينه مقابلا لما سمى عينه بعد بيان الجنس (قوله فى عرفنا) نقلوه عن بعض مشايخ ما وراء النهر : قال فى البزازية : وعرفنا ما ذكرنا . قال فى البحر : ولكن عرف القاهرة على خلافهما فإن الطعام عندهم للطبيخ بالمرق واللحم (قوله بزازية) قال فى المنح بعد قوله يدخل كل مطعوم كما فى البزازية : وفى أيمانها لا يأكل طعاما فأكل دواء ليس بطعام كالسقمونيا لا يحنث ، ولو به حلاوة كالسكنجبين اهـ فليتأمل (قوله بالعيب) أشار إلى أنه لو رضى بالعيب فإنه يلزمه ، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل ، وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل كذا فى البزازية وإلى أن الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشترى به عيبا ما دام الوكيل عاقلا من أهل لزوم العهدة ، فلو محجورا فعلى الموكل بحر (قوله وهذا الخ) لا حاجة إليه مع قول المتن ما دام المبيع فى يده ح (قوله مطلقا) أى وإن سلمه وقبض الثمن وسلمه إلى الموكل فيسترد الثمن منه بغير رضاه (قوله حبس المبيع) الذى اشتراه للموكل منح (قوله دفعه) قال فى المنح : قيد بقوله دفعه لأنه لو لم يكن دفعه فله الحبس بالأولى ، لأنه مع الدفع ربما يتوهم أنه متبرع بدفع الثمن فلا يحبس ، فأفاد بالحبس أنه ليس بمتبرع وأن له الرجوع على موكله بما دفعه وإن لم يأمره به صريحا للإذن حكما (قوله أولا) أى لم يدفعه (قوله لأنه) تعليل للحبس لا للأولوية (قوله بنقض) أى بثمن حال ، فلو بمؤجل تأجل فى حق الموكل أيضا فليس للوكيل طلبه حالا بحر (قوله كل الثمن) أى جملة واحدة : قال فى البحر : ولو وهبه خمسمائة ثم الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الآمر إلا بالأخرى لأن الأولى حط والثانية هبة (قوله فهو كمبيع) عند محمد ، وهو قول أبى حنيفة ابن كمال (قوله كرهن) أى فيهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن : وعند زفر كغصب ، فإن كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف ، وإن كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر ، فعند زفر يضمن خمسة عشر لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة وعند الباقين يضمن عشرة وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة ويطالب الخمسة من الموكل ، وكذا عند أبى يوسف لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته والدين ، وعند محمد يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر ابن كمال (قوله وابن ملك) أى والحدادى نقلا عن المستصفى ، ومشى عليه فى درر البحار ، وعزاه

ولو صبيا (فى صرف وسلم فيبطل العقد بمفارقته صاحبه قبل القبض) لأنه العاقد ، والمراد بالسلم الإسلام لاقبول السلم لأنه لايجوز ابن كمال (والرسول فيهما) أى الصرف والسلم (لا تعتبر مفارقته بل مفارقة مرسله) لأن الرسالة فى العقد لا القبض ، واستفيد صحة التوكيل بهما :

(وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى ضعفه بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) خلافا لهما والثلاثة . قلنا إنه مأمور بأرطال مقدرة فينفذ الزائد على الوكيل ، ولو شرى مالايساوى ذلك وقع للوكيل إجماعا كغير موزون (ولو وكله بشراء شيء بعينه) بخلاف الوكيل بالنكاح إذا تزوجها لنفسه صح منية ، والفرق فى الوانى (غير الموكل لا يشتريه لنفسه) ولا لموكل آخر

صاحب النهاية إلى الإمام خواهر زاده .

واستشكله الزيلعى وصاحب العناية بأن الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر . وقال الزيلعى : وإطلاق المبسوط وسائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ولو كان حاضرا وهذا منشأ ما مشى عليه المصنف تبعا للبحر ، لكن أجاب العينى عن الإشكال بأن الوكيل نائب فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اهـ . وتعقبه الحموى بأن الوكيل نائب فى أصل العقد أصيل فى الحقوق فلا اعتبار بحضرة الموكل ، وبه علمت أن ما ذكره الشارح : أى العينى فى غير محله .

قلت : والذى يدفع الإشكال من أصله ما قدمه الشارح عن الجوهرة من أن العهدة على آخذ الثمن لا العاقد لو حضرا فى أصح الأقاويل ، وما ذكره العينى وصاحب العناية مبنى على القول الآخر من أنه لا عبرة بحضرته وهو ما مشى عليه فى المتن سابقا فتنبه (قوله ولو صبيا) أتى بالمبالغة لأنه محل موهم حيث لا ترجع الحقوق إليه (قوله فيبطل العقد الخ) كذا قاله صاحب الهداية والكافى وسائر المتأخرين درر ، وهو تفريع على الأصل المذكور (قوله بمفارقته) أى الوكيل (قوله صاحبه) وهو العاقد منح (قوله والمراد الخ) قال الزيعى : وهذا فى الصرف مجرى على إطلاقه فإنه يجوز التوكيل فيه من الجانبين . وأما فى السلم فإنه يجوز بدفع رأس المال فقط ، وأما مايأخذه فلا يجوز لأن الوكيل إذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه فى ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه ، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما فى بيع العين ، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه فى ذمته رأس المال مملوك له ، وإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا اهـ . (قوله ضعفه) احترز عن الزيادة القليلة كعشرة أرطال ونصف فإنها لا زمة للآمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة بحر عن غاية البيان (قوله خلافا لهما) فعندهما يلزمه العشرون بدرهم لأنه فعل المأمور وزاده خيرا منح (قوله كغير موزون) قيد به لأن فى القيميات لا ينفذ شيء على الموكل منح (قوله بخلاف الخ) محل هذا بعد قوله لا يشتريه لنفسه ح (قوله والفرق فى الوانى) ذكره الزيلعى أيضا .

وحاصله أن النكاح الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فينعزل إذا خالفه وأضافه إلى نفسه بخلاف الشراء فإنه مطلق غير مقيد بالإضافة إلى كل أحد اهـ ح (قوله غير الموكل) بالجر صفة شيء مخصصة وبالنصب استثناء منه أو حال .

قال فى المنح : وإنما قيدنا بغير الموكل للاحتراز عما إذا وكل العبد من يشتريه له من مولاه أو وكل العبد بشرائه لمن مولاه فاشترى فإنه لايكون للآمر مالم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه كما سيأتى اهـ وكأن وجه الاحتراز عما ذكره من الصورتين باعتبار احتمال لفظ الموكل لاسم الفاعل واسم المفعول ولا يخفى ما فيه ، فكان الأولى أن يقول غير الموكل والموكل اهـ (قوله لا يشتريه لنفسه) أى بلا حضوره باقانى

بالأولى (عند غيبته حيث لم يكن مخالفا دفعا للغرر) فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ماسمى) الموكل (له من الثمن وقع) الشراء (للوكيل) لمخالفته أمره وينعزل فى ضمن المخالفة عينى (وإن) بشراء شىء (بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل) وقت الشراء (أو شراه بماله) أى بمال الموكل ، ولو تكاذبا فى النية حكم بالنقد إجماعا ، ولو توافقا أنها لم تحضره فروايتان :

(زعم أنه اشترى عبدا لموكله فهلك وقال موكله بل شريته لنفسك ، فإن) كان العبد (معينا وهو حى) قائم (فالقول للمأمور مطلقا إجماعا نقد الثمن أولا) لإخباره عن أمر يملك استئنافه (وإن ميتا و) الحال أن (الثمن منقود فكذلك) الحكم (وإلا) يكن منقودا (فالقول للموكل) لأنه ينكر الرجوع عليه (وإن) العبد (غير معين وهو حى أو ميت (فكذا) أى يكون للمأمور (إن الثمن منقودا) لأنه أمين (وإلا فللآمر) للتهمة خلافا لهما (قال يعنى هذا العمرو فباعه ثم أنكر الأمر) أى أنكر المشترى أن عمرا أمره بالشراء (أخذه عمرو ولغا إنكاره) الأمر لمناقضته لإقراره بتوكيله

كذا فى الهامش (قوله بالأولى) أوضحه فى البحر (قوله دفعا للغرر) قال الباقانى لأنه يؤدى إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه عزل نفسه فلا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل كذا فى الهداية اه هكذا فى الهامش: وفيه الوكيل بالبيع لايملك شراءه لنفسه لأن الواحد لا يكون مشتريا وبائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه ، وإن أمره الموكل أنه يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منه جاز بزازية اه حامدية ، وإذا وكله أن يشترى له عبدا بعينه بثمن مسمى وقبل الوكالة ثم خرج من عند الموكل وأشهد على نفسه أن يشتريه لنفسه ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن فهو للموكل فتاوى هندية (قوله فلو اشتراه) تفريع على قوله حيث لم يكن مخالفا (قوله بغير النقود) أى إذا لم يكن الثمن مسمى (قوله أو بخلاف) شمل المخالفة فى الجنس والقدر ، وفيه كلام فانظره فى البحر (قوله ماسمى) أى إن كان الثمن مسمى (قوله فالشراء للوكيل) المسألة على وجوه كما فى البحر :

وحاصلها أنه إن أضاف العقد إلى مال أحدهما كان المشترى له ، وإن أضافه إلى مال مطلق فإن نواه للآمر فهو له وإن نواه لنفسه فهو له ، وإن تكاذبا فى النية يحكم النقد إجماعا ، وإن توافقا على عدمها فللعاقد عند الثانى وحكم النقد عند الثالث ، وبه علم أن محل النية للموكل فيما إذا أضافه إلى مال مطلق سواء نقده من ماله أو من مال الموكل ، وكذا قوله ولو تكاذبا ، وقوله ولو توافقا محله فيما إذا أضافه إلى مال مطلق ، لكن فى الأول يحكم النقد إجماعا وفى الثانى على الخلاف السابق اه (قوله أو شراه) معناه إضافة العقد إلى ماله لا الشراء من ماله بحر (قوله فهلك) الصواب إسقاطه لقوله وهو حى كما فى الشرنبلالية وتبع فيه صاحب الدرر وصدر الشريعة (قوله قائم) لا حاجة إليه ، ولعله أراد أنه قائم من كل وجه ليحترز به عما إذا حدث به عيب فإنه كالهلاك كما فى البزازية تأمل (قوله للمأمور) أى مع يمينه يعقوبية (قوله وإلا يكن منقودا) سواء كان العبد حيا أو ميتا ح ؛ وفيه أن صورة الحى مرت وهذه فى الميت (قوله أى يكون) أى القول كذا فى الهامش (قوله وإلا فللآمر) حاصل المسألة المذكورة على ثمانية أوجه كما قال الزيلعى ، لأنه إما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين : إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود : وكل وجه على وجهين : إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا . ثم قال : فحاصله أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور فى جميع الصور وإن كان غير منقود ينظر ، فإن كان الوكيل لا يملك الإنشاء بأن كان ميتا فالقول للآمر ، وإن كان يملك الإنشاء فالقول للمأمور عندهما ، وكذا عند أبى حنيفة فى غير موضع التهمة وفى موضع التهمة القول للآمر اه (قوله للتهمة) فإنه يحتمل أنه اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة خاسرة أراد إلزامه للموكل ح كذا فى الهامش (قوله خلافا لهما)

بقوله يعنى لعمرو (إلا أن يقول عمرو لم آمره به) أى بالشراء (فلا) يأخذه عمرو لأن إقرار المشترى ارتد برده (إلا أن يسلمه المشترى إليه) أى إلى عمرو لأن التسليم على وجه البيع بيع بالتعاطى ، وإن لم يوجد نقد الثمن للعرف :

(أمره بشراء شيئين معينين) أو غير معينين إذا نواه للموكل كما مر بحر (و) الحال أنه (لم يسم ثمنا فاشترى له أحدهما بقدر قيمته أو بزيادة) يسيرة (يتغابن الناس فيها صح) عن الآمر (وإلا لا) إذ ليس للوكيل الشراء بغبن فاحش إجماعا ؛ بخلاف وكيل البيع كما سيجىء (و) كذا (بشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح ، و) لو (بالأكثر) ولو يسيرا (لا) يلزم الآمر (إلا أن يشترى الثانى) من المعينين مثلا (بما بقى) من الألف (قبل الخصومة) لحصول المقصود وجوازه إن بقى ما يشترى بمثله الآخر (و) لو أمر رجل مديونه (بشراء شىء) معين (بدين له عليه وعينه أو) عين (البائع صح) وجعل البائع وكيلا بالقبض دلالة فيبرأ الغريم بالتسليم إليه ، بخلاف غير المعين لأن توكيل المجهول باطل ولذا قال (وإلا) يعين (فلا) يلزم الآمر (ونفذ على المأمور) فهلاكه عليه خلافا لهما ، وكذا الخلاف لو أمره أن يسلم ما عليه أو يصرفه بناء على تعين النقود فى الوكالات عنده وعدم تعينها فى المعاوضات عندهما :

(ولو أمره) أى أمر رجل مديونه (بالتصدق بما عليه صح) أمره بجعله المال لله تعالى وهو معلوم (كما) صح أمره (لو أمر) الآخر (المستأجرة بمرمة ما استأجره كما عليه من الأجرة) وكذا لو أمره بشراء عبد يسوق الدابة وينفق عليها صح اتفاقا للضرورة لأنه لا يجد الآجر كل وقت فجعل المؤجر كالمؤجر فى القبض .

قلت : وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان : إن كان ذلك قبل وجوب قبوله الأجرة لا يجوز ، وبعد الوجوب قيل على الخلاف الخ فراجعه (و) لو أمره (بشرائه بألف ودفع) الألف (فاشترى وقيمته كذلك) فقال الآمر (اشتريت بنصفه وقال المأمور) بل (بكله صدق) لأنه أمين (وإن) كان (قيمته نصفه ف) القول

الخلاف فيما إذا كان منكرا حيا والثمن غير منقود فقط ح كذا فى الهامش (قوله بقوله يعنى الخ) بدل من قوله بتوكيله (قوله أو غير معينين) بحث فيه أبو السعود فانظر ما كتبناه على البحر (قوله إذا نواه الخ) قيد فى غير معينين فقط ح ، كذا فى الهامش (قوله كما مر) قريبا فى قوله وإن بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل (قوله عن الآمر) لأن التوكيل مطلق : أى عن قيد المعينة ، وقد لا يتفق الجمع بينهما (قوله معين) لا حاجة إليه مع قول المصنف وعينه ح (قوله وإلا يعين) لا المبيع ولا البائع (قوله خلافا لهما) فقالا يلزم الآمر إذا قبضه المأمور بحر (قوله ما عليه) أى يعقد عقد السلم ح ، بأن قال له أسلم الدين الذى لى عليك إلى فلان جاز ، وإن لم يعين فلانا لم يجز عنده ، وعندهما يجوز كيفما كان ، وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين زيلعى (قوله أو يصرفه) أى يعقد عقد الصرف ح كذا فى الهامش (قوله فى الوكالات عنده) ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين أو سقط الدين بطلت الوكالة ، فإذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذا لا يجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله زيلعى (قوله فى المعاوضات) عينا كانت النقود أو دينا (قوله فجعل المؤجر) بالفتح وهو الدار مثلا (قوله كالمؤجر) بالكسر (قوله فراجعه) أقول : الذى رأيته فى الشرح المذكور فى هذا المحل مثل ما قدمه : ونصه : وأما مسألة إجارة الحمام ونحوها قيل ذلك قولهما ، وإن كان قول الكل فإنما جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لا يجد الآجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر فى القبض اه . ولم أجد هذه العبارة فيه لكن لا تخالف ما ذكره الماتن لأن وجوب الأجرة يكون بعد استيفاء المنفعة أو باشتراط التعجيل ،

(للآمر) بلا يمين درر ، وابن كمال تبعا لصدر الشريعة حيث قال صدق في الكل بغير الحلف وتبعهم المصنف ، لكن جزم الواني بأنه تحريف وصوابه بعد الحلف (وإن لم يدفع) الألف (وقيمته لصفه ف) القول (للآمر) بلا يمين قاله المصنف تبعا للدرر كما مر :

قلت : لكن في الأشباه : القول للوكيل بيمينه إلا في أربع فبالبينة فتنبه (وإن) كان (قيمته ألفا فيتحالفان ثم يفسخ العقد) بينهما (فيلزم) المبيع (المأمور) وكذا لو أمره (بشراء معين من غير بيان ثمن فقال المأمور اشتريته بكذا و) إن (صدقه بائعه) على الأظهر (وقال الآمر بنصفه تحالفا) فوقوع الاختلاف في الثمن يوجب التحالف (ولو اختلفا في مقداره) أي الثمن (فقال الآمر أمرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بألف فالقول للآمر) بيمينه (فإن برهنا قدم برهان المأمور) لأنها أكثر إثباتا (و) لو أمره (بشراء أخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا) المشترى (بأخي فالقول له) بيمينه (ويكون الوكيل مشتريا بنفسه) والأصل أن الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع ، كما مر في خيار الشرط (وعتق العبد عليه) أي على الوكيل (لزعمه) عتقه على موكله فيؤاخذ به خانية (و) لو أمره عبد (بشراء نفس الآمر من مولاه بكذا ودفع) المبلغ (فقال) الوكيل (لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا) الوجه (عتق) على المالك (وولاؤه لسيده) وكان الوكيل سفيرا (وإن قال) الوكيل (اشتريته) ولم يقل لنفسه (فالعبد) ملك (للمشترى والألف للسيد فيهما) لأنه كسب عبده (وعلى العبد ألف أخرى في) الصورة (الأولى) بدل الإعتاق (كما على المشترى) ألف (مثلها في الثانية) لأن الأولى مال المولى فلا يصلح بدلا (وشراء العبد من سيده إعتاق) فتلغو أحكام الشراء فلذا قال (فلو شرى) العبد (نفسه إلى العطاء صح) الشراء بحر (كما صح في حصته إذا اشترى نفسه من مولاه

وهو معنى قول المتن لما عليه من الأجرة (قوله للآمر) وينفذ على المأمور زيلعي (قوله بلا يمين) في الأشباه : كل من قبل قوله فعليه اليمين إلا في مسائل عشر وعدها ، وليس منها ما ذكره هنا ، ويمكن الجواب تأمل ، كذا بخط بعض الفضلاء :

وذكر في الهامش فروعا هي : وإن قال أمرني فدفعته إلى وكيل له أو غريم له أو وهبه لي أوقضى لي من حق كان لي عليه لم يصدق وضمن المال اهـ بحر :

وفيه من شتى القضاء : نائب الناظر كهو في قبول قوله ، فلو ادعى ضياع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين وأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين ، وبه فارق أمين القاضي لأنه لا يمين عليه كالقاضي . وفي الخيرية من الوصايا الوصي مثل القيم لقولهم : الوصية والوقف أخوان اهـ حامدية اهـ (قوله جزم الواني) وكذا اعترضه في اليعقوبية ، وقد ذكرت العبارتين في هامش البحر (قوله تحريف) وادعى أنه مخالف للعقل والنقل (قوله لكن في الأشباه) في عبارة الأشباه كلام طويل ذكره الشرنبلالي في رسالة حافلة ، وكذا المقدسي له رسالة لخصها الحموي في حاشيته ونقله الفتال ، فراجع ذلك إن شئت (قوله المأمور) في صورتين زيلعي (قوله ولو اختلفا الخ) هنا اتفقا على بيان شيء لكن الاختلاف في المقدار ، بخلاف الصورة التي قبلها فإنه لم يبين فيها شيء من الثمن ، وما في الزيلعي سهو كما نبه عليه في البحر (قوله بشراء أخيه) أي أخي الآمر (قوله فالقول له) أي للآمر (قوله من مولاه بكذا) أي بألف مثلا ، وكان ينبغي التعبير به لقوله بعد والألف للسيد (قوله سفيرا) فلا ترجع الحقوق إليه والمطالبة بالألف الأخرى على العبد لا على الوكيل هو الصحيح بحر (قوله فتلغو أحكام الشراء) أي فلا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يدخله خيار الشرط ح كذا في الهامش (قوله إلى العطاء) فإنه لو كان شراء حقيقة

ومعه رجل) آخر (وبطل) الشراء (فى حصة شريكه) بخلاف ما لو شرى الأب ولده مع رجل آخر فإنه يصح فيهما بيوع. الخانية من بحث الاستحقاق : والفرق انعقاد البيع فى الثانى لا الأول لأن الشرع جعله إعتاقا ولذا بطل فى حصة شريكه للزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز :

(قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان ففعل) أى باعه على هذا الوجه (فهو للآمر) فلو وجد به عيبا ، إن علم به العبد فلا رد لأن علم الوكيل كعلم الموكل ، وإن لم يعلم فالرد للعبد اختيار (وإن لم يقل لفلان عتق) لأنه أتى بتصرف آخر فنفذ عليه وعليه الثمن فيهما لزوال حجره بعقد باشره مقترنا بإذن المولى درر :

[فرع] الوكيل إذا خالف ، إن خلافا إلى خير فى الجنس كبع بألف درهم فباعه بألف ومائة نفذ ، ولو بمائة دينار لا ، ولو خيرا خلاصة ودرر :

فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء

والإجارة والصرف والسلم ونحوها

(مع من ترد شهادته له) للتهمة وجوزاه بمثل القيمة (إلا من عبد ومكاتبه إلا إذا أطلق له الموكل) كبع ممن شئت (فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة) اتفاقا (كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة) اتفاقا : أى بيعه لا شراؤه بأكثر منها اتفاقا ، كما لو باع بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز اتفاقا ، وكذا بيسير عنده خلافا لهما ابن ملك وغيره : وفى السراج : لو صرح بهم جاز إجماعا إلا من نفســـه وطفله وعبده غير المديون :

لأفسده الأجل المجهول (قوله ومعه رجل) أى تشارك الرجل والعبد فى شراء نفس العبد ، أى صفقة واحدة بحر (قوله انعقاد البيع فى الثانى) أى فى شراء الأب ، لأن صيغة الشراء استعملت فى معناها الحقيقى لا الأول ، لأن ما وقع من العبد لم يكن صيغة تفيد الشراء س (قوله الحقيقة) وهو ثبوت الملك للمشترى (قوله والمجاز) وهو الإعتاق (قوله لزوال حجره) جواب عما يقال العبد المحجور إذا توكل لا ترجع الحقوق إليه ، وعزا فى الهامش الإشكال إلى الدرر (قوله الوكيل إذا خالف) قال فى الهامش : وكله أن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته إلى ألفين لا يملك بيعه بألف بزازية اه :

فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء

(قوله والإجارة الخ) أما الحوالة والإقالة والحط والإبراء والتجوز بدون حقه يجوز عندهما ويضمن. وعند أبى يوسف لا يجوز الوكيل بالبيع يملك الإقالة ، حتى لو باع ثم أقال لزمه الثمن للموكل والوكيل بالشراء لا يملكها بخلاف الوكيل بالبيع (١) والوكيل بالسلم والوصى والأب المتولى كالوكيل ولو قال الموكل للوكيل ما صنعت من شىء فهو جائز يملك الحوالة بالإجماع والإقالة على خلاف ما مر ، وكذا لو أبرأ المشترى عن الثمن صح عندهما لكن يضمن ، وهذا إذا لم يقبض الثمن ، أما إذا قبض فلا يملك الحط والإقالة اه كذا فى الهامش (قوله إلا من عبده ومكاتبه) وكذا مفاوضه وابنه الصغير فالمستثنى من قولها أربع بحر ، وقيد العبد فى المبسوط بغير المديون ، وفيه إشارة إلى أنه لو كان مديونا يجوز بحر (قوله كما يجوز عقده) أى عند عدم الإطلاق (قوله إلا من نفسه) وفى السراج : لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز إجماعا إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبده ولا دين عليه فلا يجوز قطعا وإن صرح به الموكل اه منح : الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لأن الواحد لا يكون

---

(١) (قوله بخلاف الوكيل بالبيع) الظاهر أنه لا حاجة إليه تأمل اه مصححه .

(وصح بيعه بما قل أو كثر وبالعرض) وخصاه بالقيمة وبالنقود وبه يفتى بزازية ، ولا يجوز فى الصرف كدينار بدرهم بغبن فاحش إجماعا لأنه بيع من وجه شراء من وجه صيرفية (و) صح (بالنسيئة إن) التوكيل بالبيع (للتجارة وإن) كان (للحاجة لا) يجوز (كالمرأة إذا دفعت غزلا إلى رجل ليبيعه لها ويتعين النقد) به يفتى خلاصة ، وكذا فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة كما أفاده المصنف ، وهذا أيضا إن باع بما يبيع الناس نسيئة ، فإن طول المدة لم يجز به يفتى ابن ملك ، ومتى عين الآمر شيئا تعين إلا فى بعه بالنسيئة بألف فباع بالنقد بألف جاز بحر ؛

قلت : وقدمنا أنه إن خالف إلى خير فى ذلك الجنس جاز وإلا لا وأنها تتقيد

مشتريا وبائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه ، وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه وأولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منهم جاز بزازية كذا فى البحر ، ولا يخفى ما بينهما من المخالفة ، وذكر مثل ما فى السراج فى النهاية عن المبسوط ، ومثل ما فى البزازية فى الذخيرة عن الطحاوى ، وكأن فى المسألة قولين خلافا لمن ادعى أنه لامخالفة بينهما (قوله وصح بيعه بما قل أو كثر الخ) قال الحجندى : جملة من يتصرف بالتسليط حكمهم على خمسة أوجه : منهم من يجوز بيعه وشراؤه بالمعروف وهو الأب والجد والوصى وقدر مايتغابن يجعل عفوا . ومنهم من يجوز بيعه وشراؤه على المعروف وعلى خلافه وهو المكاتب والمأذون عند أبى حنيفة يجوز لهم أن يبيعوا مايساوى ألفا بدرهم ويشتروا مايساوى درهما بألف ، وعندهما لايجوز إلا على المعروف ؛ وأما الحر البالغ العاقل يجوز بيعه كيفما كان وكذا شراؤه إجماعا . ومنهم من يجوز بيعه كيفما كان وكذا شراؤه على المعروف وهو المضارب وشريكا العنان أو المفاوضة والوكيل بالبيع المطلق يجوز بيع هؤلاء عند أبى حنيفة بما عز وهان عندهما ولا يجوز إلا بالمعروف ، وأما شراؤهم فلا يجوز إلا على المعروف إجماعا ، فإن اشترى بخلاف المعروف والعادة أو بغير النقود نفذ شراؤهم على أنفسهم وضمنوا ما نقدوا فيه من مال غيرهم إجماعا . ومنهم من لا يجعل قدر ما يتغابن فيه عفوا وهو المريض إذا باع فى مرض موته وحابى فيه قليلا وعليه دين مستغرق فإنه لا يجوز محاباته وإن قلت ، والمشترى بالخيار إن شاء وفى الثمن إلى تمام القيمة ، وإن شاء فسخ : وأما وصيه بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديونه وحابى فيه قدر ما يتغابن فيه صح بيعه ويجعل عفوا ، وكذا لو باع ماله من بعض ورثته وحابى فيه ، وإن قل لايجوز البيع على قول أبى حنيفة ، وإن كان أكثر من قيمته حتى تجيز سائر ورثته ، وليس عليه دين ، ولو باع الوصى ممن لا تجوز شهادته له وحابى فيه قليلا لا يجوز وكذا المضارب ؛ ومنهم من لا يجوز بيعه وشراؤه ما لم يكن خيرا وهو الوصى إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى ، فعند محمد لا يجوز بحال ، وعندهما إن خيرا فخير وإلا لم يجز اه سائحانى .

قلت : وفى وصايا الخالية فسر السرخسى الخيرية بما إذا اشترى الوصى لنفسه مال اليتيم ما يساوى عشرة بخمسة عشر وباع مال نفسه من اليتيم ما يساوى عشرة بثمانية ، وذكر ما قدمناه فى منية المفتى بعبارة أخصر بما قدمناه (قوله بزازية) قال العلامة قاسم فى تصحيحه على القدورى ورجح دليل الإمام المعول عليه عند النسفى وهو أصح الأقاويل والاختيار عند المحبوبى ، ووافقه الموصلى وصدر الشريعة اه رملى وعليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية سائحانى (قوله بالنقد بألف جاز) لأنه وإن صار مخالفا إلا أنه إلى خير من كل وجه ، وإن باعه بأقل من الألف بالنقد لايجوز لأنه وإن خالف إلى خير من حيث التعجيل خالف إلى شر من حيث المقدار والخلاف إلى شر من وجه يكفى فى المنع ، فإن باعه بألفين نسيئة وشهرا أيضا لا يجوز ذخيرة ، وفيها قبله : وإذا وكله بالبيع نسيئة فباعه بالنقد ، إن بما يباع بالنسيئة جاز وإلا فلا اه : وفى البحر عن

بزمان ومكان ، لكن فى البزازية الوكيل إلى عشرة أيام وكيل فى العشرة وبعدها فى الأصح ، وكذا الكفيل لكنه لايطالب إلا بعد الأجل كما فى تنوير البصائر : وفى زواهر الجواهر : قال بعه بشهود أو برأى فلان أو علمه أو معرفته وباع بدونهم جاز ، بخلاف لاتبع إلا بشهود أو إلا بمحضر فلان به يفتى ، وقلت : وبه علم حكم واقعة الفتوى : دفع له مالا وقال اشتر لى زيتا بمعرفة فلان فذهب واشترى بلا معرفته فهلك الزيت لم يضمن ، بخلاف لا تشتر إلا بمعرفة فلان فليحفظ (و) صح (أخذه رهنا وكفيلا بالثمن فلا ضمان عليه إن ضاع) الرهن (فى يده أو توى) المال (على الكفيل) لأن الجواز الشرعى ينافى الضمان (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير) وهو

الخلاصة: لو قال بعه إلى أجل فباعه بالنقد. قال السرخسى الأصح أنه لايجوز بالإجماع ، وفرق بينه وبين مانقله الشارح بتعيين الثمن وعدمه :

قلت : لكن ينبغى أن يكون ما فى الخلاصة محمولا على ما إذا باع بالنقد بأقل ممايباع بالنسيئة بدليل ماقدمناه عن الذخيرة ، وقوله قبله بالنسيئة بألف قيد ببيان الثمن لأنه لو لم يعين وباع بالنقد لا يجوز كما بينه فى البحر (قوله بزمان ومكان) فلو قال بعه غدا لم يجز بيعه اليوم وكذا الطلاق والعتاق وبالعكس ، فيه روايتان ، والصحيح أنه كالأول س (قوله أو إلا بمحضر فلان الخ) قال فى الفتاوى الهندية : وكله بالبيع ونهاه عن البيع إلا بمحضر فلان لا يبيع إلا بحضرته ، كذا فى وجيز الكردرى : وإذا أمره أن يبيع برهن أو كفيل فباع من غير رهن أو من غير كفيل لم يجز أكده بالنفى أو لم يؤكد . وإذا قال برهن ثقة لم يجز إلا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن أو تكون قيمته أقل بمقدار ما يتغابن فيه ، وإذا أطلق جاز بالرهن القليل كذا فى المحيط ، ولو قال بعه وخذ كفيلا أو بعه وخذ رهنا لايجوز إلا كذلك اه كذا فى الهامش .

وجملة الأمر أن كل ما قيد به الموكل إن مفيدا من كل وجه يلزم رعايته أكده بالنفى أولا كبعه بخيار فباعه بدوله ، نظيره الوديعة إن مفيدا كاحفظ فى هذه الدار تتعين وإن لم يقل لا تحفظ إلا فى هذه الدار لتفاوت الحرز وإن لا يفد أصلا لا يجب مراعاته كبعه بالنسيئة فباعه بنقد يجوز ، وإن مفيدا من وجه يجب مراعاته إن أكده بالنفى وإن لم يؤكده به لا يجب ، مثاله لا تبعه إلا فى سوق كذا يجب رعايته ، بخلاف قوله بعه فى سوق كذا وكذا فى الوديعة إذا قال لا تحفظ إلا فى هذا البيت يلزم الرعاية ، وإن لم يفد أصلا بأن عين صندوقا لا يلزم الرعاية ، وإن أكده بالنفى والرهن والكفالة مفيد من كل وجه فلا يجوز خلافا أكده بالنفى أولا والإشهاد قد يفيد إن لم يغب الشهود وكانوا عدولا وقد لا يفيد ، فإذا أكده بالنفى يلزم الرعاية وإلا لا عملا بالشبهين بزازية قبيل الفصل الخامس ، وانظر ما قدمناه عن البحر فى مسألة البيع بالنسيئة (قوله واقعة الفتوى الخ) المسألة مصرح بها فى وصايا الخالية لكن بلفظ بمحضر فلان والحكم فيها ما ذكره هنا اه : (قوله وصح أخذه رهنا الخ) قال فى نور العين : وكيل البيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب أو تجوز صح عند أبى حنيفة ومحمد وضمن لموكله لاعند أبى يوسف ، والوكيل لو قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعا اه :

قلت : وكذا بعد قبض الثمن لا يملك الحط والإبراء بزازية (قوله أو توى المال على الكفيل) وهو يكون بالمرافعة إلى حاكم مالكى يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ولايرى الرجوع على الأصيل بموته مفلسا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا ابن كمال ، ومثله فى الشرنبلالية عن الكافى وتحقيقه فى شرح الزيلعى اه (قوله وتقيد شراؤه) لأن التهمة فى الأكثر متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر ، وأطلقه فشمل ما إذا كان وكيلا بشراء معين فإنه وإن كان لا يملك شراءه لنفسه فبالمخالفة يكون مشتريا لنفسه فالتهمة باقية كما فى الزيلعى ، وفى الهداية قالوا ينفذ على الآمر ، وذكر فى البناية أنه قول عامة المشايخ والأول قول البعض ،

مايقوم به مقوم وهذا (إذا لم يكن سعره معروفا وإن كان) سعره (معروفا) بين الناس (كخبز ولحم) وموزوجهن (لاينفذ على الموكل وإن قلت الزيادة) ولو فلسا واحدا به يفتى بحر وبناية .

(وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) لإطلاق التوكيل : وقالا إن باع الباقى قبل الخصومة جاز وإلا لا وهو استحسان ملتقى وهداية . وظاهره ترجيح قولهما والمفتى به خلافه بحر ، وقيد ابن الكمال الخلاف بما يتعيب بالشركة وإلا جاز اتفاقا فليراجع (وفى الشراء يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة) اتفاقا (ولو ردّ مبيع بعيب على وكيله) بالبيع (ببينة أو لكوله أو إقراره فيما لا يحدث) مثله فى هذه المدة (رده) الوكيل (على الآمر ، و) لو (بإقراره فيما يحدث لا) يرده ولزم الوكيل .

وفى الذخيرة أنه لا نص فيه بحر ملخصا (قوله ما يقوّم به مقوّم) أى لم يدخل تحت تقويم أحد من المقوّمين : قال مسكين : فلو قوّمه عدل عشرة وعدل آخر ثمانية وآخر سبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقوّمين وتمامه فيه (قوله وبناية) هى شرح الهداية (قوله لإطلاق التوكيل) أى إطلاقه عن قيد الاجتماع والافتراق (قوله وظاهره الخ) أى لأنه جعله استحسانا . وقال فى البحر ولذا أخره مع دليله كما هو عادته ، ولذا استشهد لقول الإمام بما لو باع الكل بثمن النصف فإنه يجوز ، وقد علمت أن المفتى به خلاف قوله اه ، أى خلاف قوله فيما استشهد به . قلت : وقد علمت ما قدمناه عن العلامة قاسم (قوله وقيد ابن الكمال الخ) ومثله فى البحر معزوا إلى المعراج ، ونقل الاتفاق أيضا فى الكفاية عن الإيضاح (قوله وفى الشراء يتوقف الخ) لا فرق بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه زيلعى : وفيه لا يقال إنه لا يتوقف بل ينفذ على المشترى لأنا نقول إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذا على العاقد وههنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم مخالفته من كل وجه ولا على الآمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف اه ملخصا (قوله اتفاقا) والفرق لأبى حنيفة بين البيع والشراء أن فى الشراء تتحقق تهمة أنه اشتراه لنفسه ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق كما فى الهداية (قوله ولو رد مبيع بعيب على وكيله) أطلقه فشمل ما إذا قبض الثمن أولا وأشار إلى أن الخصومة مع الوكيل فلا دعوى للمشترى على الموكل ، فلو أقر الموكل بعيب فيه وأنكره الوكيل لا يلزمهما شىء لأن الموكل أجنبى فى الحقوق ، ولو بالعكس رده المشترى على الوكيل لأن إقراره صحيح فى حق نفسه لا الموكل بزازية ، ولم يذكر الرجوع بالثمن . وحكمه أنه على الوكيل إن كان نقده وعلى الموكل إن كان نقده كما فى شرح الطحاوى ، وإن نقده إلى الوكيل ثم هو إلى الموكل ثم وجد الشارى عيبا أفتى القاضى أنه يرده على الوكيل كذا فى البزازية ، وقيد بالبيع لأن الوكيل بالإجازة إذا آجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة ، وقيد بالعيب إذ لو قبله بغير قضاء بخيار رؤية أو شرط فهو جائز على الآمر ، وكذا لو رده المشترى عليه بعيب قبل القبض بحر ملخصا (قوله رده الوكيل على الآمر) لو قال فهو رد على الآمر لكان أولى لأن الوكيل لا يحتاج إلى خصومة مع الموكل إلا إذا كان عيبا يحدث مثله ورد عليه بإقرار بقضاء ، وإن بدون قضاء لا تصح خصومته لكونه مشتريا كما أفاده فى البحر .

وحاصل هذه المسألة أن العيب لا يخلو إما أن لا يحدث مثله كالسن أو الأصبع الزائدة أو يكون حادثا لكن لا يحدث مثله قبل هذه المدة أو يحدث فى مثلها ، ففى الأول والثانى يرده القاضى من غير حجة من بينة أو إقرار أو لكول لعلمه بكونه عند البائع ، وتأويل اشتراط الحجة فى الكتاب أن الحال قد يشتبه على القاضى بأن لا يعرف تاريخ البيع فيحتاج إليها ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا الأطباء أو النســاء ، وقولهم حجة

(الأصل فى الوكالة الخصوص وفى المضاربة العموم) وفرّع عليه بقوله (فإن باع) الوكيل (نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال أطلقت صدق الآمر ، وفى) الاختلاف فى (المضاربة) صدق (المضارب) عملا بالأصل (لاينفذ تصرف أحد الوكيلين) معا كوكلتكما بكذا (وحده) ولو الآخر عبدا أو صبيا أو مات أو جن (إلا) فيما إذا وكلهما على التعاقب بخلاف الوصيين كما سيجيء في بابه و (فى خصومة) بشرط رأى الآخر لا حضرته على الصحيح إلا إذا انتهيا إلى القبض فحتى يجتمعا جوهرة (وعتق معين وطلاق معينة لم يعوضا) بخلاف معوض وغير معين (وتعليق بمشيئتهما) أى الوكيلين فإنه يلزم اجتماعهما عملا بالتعليق قاله المصنف .

قلت : وظاهره عطفه على لم يعوضا كما يعلم من العينى والدرر ، فحق العبارة ولا علقا بمشيئتهما فتدبر (و) فى (للدبر ورد عين) كوديعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد خلاصة بخلاف استردادها ،

فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر إلى الحجة للرد ، حتى لو عاين القاضى البيع وكان العيب ظاهرا لايحتاج إلى شىء منها ، وكذا الحكم فى الثالث إن كان ببينة أو نكول لأن البينة حجة مطلقة ، وكذا النكول حجة فى حقه فيرده عليه ، والرد فى هذه المواضع على الوكيل ردّ على الموكل . وأما إن رده عليه فى هذا الثالث بإقراره فإن كان بقضاء فلا يكون ردا على الموكل لأنه حجة قاصرة فلا تتعدى ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة أو بنكوله لأن الرد فسخ لأنه حصل بالقضاء كرها عليه فانعدم الرضا وإن كان بغير قضاء فليس له الرد لأنه إقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث وهو الموكل فى الأول ، والثانى لو رد على الوكيل بالإقرار بدون قضاء لزم الوكيل ، وليس له أن يخاصم الموكل فى عامة الروايات وفى رواية يكون ردا على الموكل ، وتمامه فى شرح الزيلعى وبه ظهر أن ما فى المتن تبعا للكنز مبنى على هذه الرواية ، وكذا قال فى الإصلاح ، وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله إن رد بقضاء . وفى المواهب : لو رد عليه بما لا يحدث مثله بإقراره يلزم الوكيل ولزوم الموكل رواية اهـ و

(قوله الأصل فى الوكالة الخصوص الخ) قال :

الأصل فى الوكالة الخصوص لا فى المضاربة ذا المنصوص

(قوله لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين) لأن الموكل لا يرضى برأى أحدهما ، والبدل وإن كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى منح أى التقدير للبدل لمنع النقصان عنه فربما يزداد عند الاجتماع وربما يختار الثانى مشتريا مليا والأول لايهتدى إلى ذلك. قال فى الهامش : ولو دفع ألف درهم إلى رجلين مضاربة وقال لهما اعملا برأيكما لم يكن لكل واحد منهما أن ينفرد بالبيع والشراء لأنه رضى برأيهما لا برأى أحدهما ، ولو عمل أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن نصف المال وله ربحه وعليه وضيعته لانقد نصف رأس مال المضاربة فى الشراء لنفسه للمضاربة بغير إذن رب المال فصار ضامنا عطاء الله أفندى ، وهكذا وجدت هذه العبارة فلتراجع من أصلها (قوله أو مات) أى الآخر المشتمل على العبد أو الصبى وكذا قوله أو جنّ (قوله أو جن) فلا يجوز للآخر التصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده ، ولو وصيين لا يتصرف الحى إلا برأى القاضى بحر عن وصايا الخانية (قوله بخلاف الوصيين) فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة لم يجز لأحدهما الانفراد فى الأصح لأنه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة : وفى الوكالة يثبت حكمهما بنفس التوكيل بحر (قوله كما سيجيء) وسيجيء قريبا متنا (قوله فحتى يجتمعا) لكن سيأتى أن الوكيل بالخصومة لايملك القبض وبه يفتى أبو السعود (قوله وظاهره) أى ظاهر قول المصنف ، وقوله عطفه : أى التعليق بمشيئتهما (قوله والدرر) حيث قال بعد قوله لم يعوضا ، بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى مشيئتهما فيقتصر على المجلس (قوله ولا علقا) استثنى فى البحر ثلاث مسائل غير هذين فراجعه واعترضه الرملى :

فلو قبض أحدهما ضمن كله لعدم أمره بقبض شيء منه، وجده سراج (و) فى (تسليم هبة) بخلاف قبضها ولو الجية (وقضاء دين) بخلاف اقتضائه عينى (و) بخلاف (الوصاية) لاثنين (و) كذا (المضاربة والقضاء) والتحكيم (والتولية على الوقف) فإن هذه الستة (كالوكالة فليس لأحدهما الانفراد) بحر إلا فى مسألة ما إذا شرط الوقف النظر له الاستبدال مع فلان فإن للواقف الانفراد دون فلان أشباه (والوكيل بقضاء الدين) من ماله أو مال موكله (لايجبر عليه) إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين وهى واقعة الفتوى كما بسطه العمادى واعتمده المصنف . قال : ومفاده أن الوكيل ببيع عين مال الموكل لوفاء دينه لايجبر عليه كما لا يجبر الوكيل بنحو طلاق ولو بطلبها على المعتمد وعتق وهبة من فلان وبيع منه

(قوله فلو قبض أحدهما) أى بدون إذن صاحبه وهلك فى يده كما صرح به فى الذخيرة لابدون حضوره كما توهمه عبارة البحر (قوله ضمن كله) عبارة السراج كما فى البحر :

فإن قيل ينبغى أن يضمن النصف لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف : قلنا ذاك مع إذن صاحبه ، وأما فى حال الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه (قوله والوصاية) مبتدأ خبره قوله كالوكالة وزاد بعد الواو بخلاف ليعطفه على قوله بخلاف اقتضائه فالمعطوف خمسة والسادس المعطوف عليه فلا اعتراض فى كلامه فتنبه ، لكن لا يحسن تشبيه مسألة الاقتضاء بالوكالة لأنها وكالة حقيقية (قوله فإن هذه الستة) فيه أن المذكور هنا خمسة وإن أراد جميع ما تقدم مما لم يجز فيه الانفراد فهى تسع عشرة صورة مع مسألة الوكالة ح ، كذا فى الهامش :

قال جامعه : وقد علمت مما سبق جوابه (قوله النظر له) أى للواقف (قوله أو مال موكله) كذا استنبطه العمادى من مسألة ذكرها عن الخانية . ولكن ذكر قبله عنها أنه لو كتب فى آخر الكتاب أنه يخاصم ويخاصم ثم ادعى قوم قبل الموكل الغائب مالا فأقر الوكيل بالوكالة وأنكر المال فأحضروا الشهود على الموكل لا يكون لهم أن يحبسوا الوكيل لأنه جزاء الظلم ولم يظهر ظلمه ، إذ ليس فى هذه الشهادة أمر بأداء المـال ولا ضمان الوكيل على الموكل ، فإذا لم يجب على الوكيل أداء المــال من مال الموكل بأمر موكله ولا بالضمان عن موكله لايكون الوكيل ظالما بالامتناع اهـ ملخصا ، ومفاده أنه لو ثبت أمر موكله أو كفالته عنه يؤمر بالأداء ، وعليه يحمل كلام قارىء الهداية تأمل .

ثم رأيته فى حاشية المنح حيث قال : أقول كلام الخانية صريح فيما أفتى به قارىء الهداية فإنه صريح فى وجوب أداء المال بأحد شيئين : إما أمر الموكل أو الضمان فليكن المعول عليه فليتأمل اهـ . ثم قال موفقا بين عبارة الخانية السابقة الثانية القائلة وإن لم يكن له دين على الوكيل لا يجبر وبين عبارة الفوائد لابن نجيم القائلة لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه إلا فى مسائل الخ ما نصه : أقول الذى ذكره فى الفوائد مطلق عن قيد كونه من ماله أو من مال موكله أو من دين عليه . والفرع الأخير المنقول عن الخانية مقيد بما إذا لم يكن عليه دين وما قبله بما إذا لم يكن له مال تحت يده . وأنت إذا تأملت وجدت المسألة ثلاثية : إما أن يوجد أمره ولا مال له تحت يده ولا دين أولا واحد منهما ، والظاهر أن الوديعة مثل الدين لصحة التوكيل بقبضها كهو ، فيحمل الدين فى الفرع الثانى على مطلق المال حتى لايخالف كلامه فى الفرع الأول كلامه فى الفرع الثانى لصحة وجهه ، ويحمل كلامه فى الفوائد على عدم وجود واحد منهما فيحصل التوفيق فلا مخالفة فتأمل اهـ :

وحاصله أنه لا يجبر إذا لم يكن له عند الوكيل مال ولا دين ، وعليك بالتأمل فى هذا التوفيق (قوله لا يجبر عليه) لو قال : ولا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه إلا فى مسائل وهى الثلاثة الآتية لكان أولى لئلا يختص بما ذكر فى المتن كما فى الأشباه كذا فى الهامش (قوله لا يجبر عليه) أى على البيع (قوله على المعتمد)

لكونه متبرعا إلا فى مسائل : إذا وكله بدفع عين ثم غاب ، أو ببيع رهن شرط فيه أو بعده فى الأصح ، أو بخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه أشباه خلافا لما أفتى به قارىء الهداية .

قلت : وظاهر الأشباه أن التوكيل بالأجر يجبر فتدبر ، ولا تنس مسألة واقعة الفتوى وراجع تنوير البصائر فلعله أوفى : وفى فروق الأشباه : التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عند الإمام إلا أن يكون الموكل حاضرا بنفسه أو مسافرا أو مريضا أو مخدرة :

(الوكيل لا يوكل إلا بإذن آمره) لوجود الرضا (إلا) إذا وكله (فى دفع زكاة) فوكل آخر ثم وثم فدفع الأخير جاز ولا يتوقف ، بخلاف شراء الأضحية. أضحية الخانية (و) لا الوكيل (فى قبض الدين) إذا وكل (من فى عياله) صح ابن ملك (و) إلا (عند تقدير الثمن) من الموكل الأول (له) أى لوكيله فيجوز بلا إجازته

وسيأتى فى باب عزل الوكيل (قوله لكونه متبرعا) علة لقوله لا يجبر (قوله بدفع عين ثم غاب) لاحتمال أنها له فيجب دفعها له نور العين (قوله أو ببيع رهن شرط فيه الخ) أى سواء شرط فى عقد الرهن التوكيل بالبيع أو بعده . قال فى نور العين : لو لم يشرط التوكيل فى البيع فى عقد الرهن وشرط بعده ، قيل لايجب ، وقيل يجب وهذا أصح اه (قوله بطلب المدعى) سنذكر بيانه فى باب عزل الوكيل ، وأشار إلى أن المراد بوكيل الخصومة وكيل المدعى عليه ، فقول الدرر : وكيل خصومة لو أبى عنها لا يجبر عليها لأنه وعد أن يتبرع ينبغى أن يخص بوكيل المدعى كما يفهم مما هنا كما نبه عليه ، فى نور العين ، ويبعده قوله إذا غاب المدعى فالأحسن ما سنذكره بعد (قوله خلافا لما أفتى به قارئ الهداية) مرتبط بالمتن فإنه سئل هل يحبس الوكيل فى دين وجب على موكله إذا كان للموكل مال تحت يده : أى يد وكيله وامتنع الوكيل عن إعطائه سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا . فأجاب إنما يجبر على دفع ما ثبت على موكله من الدين إذا ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان كفيلا وإلا فلا يحبس اه ح كذا فى الهامش (قوله وظاهر الأشباه) حيث قال : ولا يجبر الوكيل بغير أجر على تقاضى الثمن وإنما يحيل الموكل ح :

ويستفاد هذا من قول الشارح لكونه متبرعا قبل الاستثناء . قال فى الهامش : ولا يحبس الوكيل بدين موكله ولو كانت عامة إلا أن يضمن ، وتمامه فى وكالة الأشباه (قوله واقعة الفتوى) أى السابقة آنفا ، وهى ما إذا وكله بقضاء الدين مما له عليه فتصير المستثنيات خمسة بضم الوكيل بالأجر (قوله وفى فروق الأشباه) تقدمت أول كتاب الوكالة (قوله حاضرا بنفسه) أنظر ما معنى هذا فإنا لم نر من ذكره بل المذكور تعذر حضوره شرط ، ولم أر هذه العبارة فى فروق الأشباه فراجعها (قوله الوكيل لا يوكل) المراد أنه لا يوكل فيما وكل فيه فيخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه إلى الوكيل فله التوكيل بلا إذن لكونه أصيلا فيها ولذا لا يملك نهيه عنها وصح توكيل الموكل كما قدمناه بحر . وفيه : وخرج عنه ما لو وكل الوكيل بقبض الدين من فى عياله فدفع المديون إليه فإنه يبرأ لأن يده كيده ذكره الشارح فى السرقة اه وذكر الثانى المصنف (قوله بخلاف شراء الأضحية) فلو وكل غيره بشرائها فوكل الوكيل غيره ثم وثم فاشترى الأخير يكون موقوفا على إجازة الأول ، إن أجاز جاز وإلا فلا بحر عن الخالية (قوله تقدير الثمن) أى لو عين ثمنه لوكيله س (قوله من الموكل الأول) مخالف لما فى البحر وللتعليل كما يظهر مما كتبناه على البحر ، والموافق لما فى البحر أن يقول من الوكيل الأول له : أى للوكيل الثانى :

وأفاد اقتصاره على هذه المسائل أن الوكيل فى النكاح ليس له التوكيل ، وبه صرح فى الخلاصة والبزازية والبحر من كتاب النكاح ، وقدمناه فى باب الولى فراجعه خلافا لما قاله ط هناك بحثا من أن له التوكيل قياسا على

لحصول المقصود درر (والتفويض إلى رأيه) كاعمل برأيك (كالإذن) فى التوكيل (إلا فى طلاق وعتاق) لأنهما مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه قنية (فإن وكل) الوكيل غيره (بدونهما) بدون إذن وتفويض (ففعل الثانى) بحضرته أو غيبته (فأجازه) الوكيل (الأول صح) وتتعلق حقوقه بالعاقد على الصحيح (إلا فى) ما ليس بعقد نحو (طلاق وعتاق) لتعلقهما بالشرط فكأن الموكل علقه باللفظ الأول دون الثانى (وإبراء) عن الدين قنية (وخصومة وقضاء دين) فلا تكفى الحضرة ابن ملك خلافا للخانية (وإن فعل أجنبى فأجازه الوكيل) الأول (جاز إلا فى شراه) فإنه ينفذ عليه ولا يتوقف متى وجد نفاذا (وإن وكل به) أى بالأمر أو التفويض (فهو) أى الثانى (وكيل الآمر) وحينئذ (فلا ينعزل بعزل موكله أو موته وينعزلان بموت الأول) كما مر فى القضاء ؛ وفى البحر عن الخلاصة والخانية : له عزله فى قوله اصنع ما شئت لرضاه بصنعه وعزله من صنعه ، بخلاف اعمل برأيك : قال المصنف : فعليه لو قيل للقاضى اصنع ما شئت فله عزل نائبه بلا تفويض العزل صريحا لأن النائب كوكيل الوكيل .

واعلم أن الوكيل وكالة عامة مطلقة مفوضة إنما يملك المعاوضات لا الطلاق والعتاق والتبرعات به يفتى زواهر الجواهر وتنوير البصائر .

(قال) لرجل (فوّضت إليك أمر امرأتى صار وكيلا بالطلاق وتقيد) طلاقه (بالمجلس بخلاف قوله وكلتك فى أمر امرأتى فلا يتقيد به درر ، من لاولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه وحينئذ (فإذا باع عبد أو مكاتب أو ذمى أو حربى عبنى (مال صغيره الحر المسلم أو شرى واحد منهم به أو زوج صغيرة كذلك) أي حرة مسلمة (لم يجز لعدم الولاية (والولاية فى مال الصغير إلى الأب ثم وصيه ثم وصى وصيه) إذ الوصى

هذه المسألة الثالثة فافهم (قوله لحصول المقصود) لأن الاحتياج فيه إلى الرأى لتقدير الثمن ظاهر وقد حصل ، بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى كما مر درر (قوله خلافا للخانية) راجع إلى الخصومة كما قيده فى المنح والبحر (قوله ينفذ عليه) أى على الأجنبى بحر عن السراج (قوله وإن وكل) أى الوكيل (قوله أى بالأمر) أى وكالة ملتبسة بالأمر بالتوكيل أى الإذن به (قوله وينعزلان) أى الوكيل الأول والثانى (قوله بموت الأول) أى الموكل وكان الأولى التعبير به ح (قوله وفى البحر) الذى فى البحر نسبة أن الثانى صار وكيل الموكل فلا يملك عزله فيما إذا قال اعمل برأيك إلى الهداية ، ونسبة أن له عزله فى قوله اصنع ما شئت إلى الخلاصة . ثم قال : وهو مخالف للهداية إلا أن يفرق بين اصنع ما شئت وبين اعمل برأيك ، والفرق ظاهر .

وعلل فى الخانية بأنه لما فوّضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه اه فليس فى كلام الخلاصة والخانية التصريح بمخالفة أحدهما للآخر فيحتمل أن فى المسألة قولين ، ودعوى صاحب البحر ظهور الفرق غير ظاهرة لما فى الحواشى اليعقوبية والحواشى السعدية أنه ينبغى أن يملكه فى صورة اعمل برأيك لتناول العمل بالرأى العزل كما لا يخفى اه (قوله بخلاف اعمل برأيك) بحث فيه فى الحواشى اليعقوبية والسعدية (قوله واعلم) تكرار مع ما تقدم أول الكتاب مستوفى ح (قوله زواهر الجواهر وتنوير البصائر) هما حاشيتان على الأشباه الأولى للشيخ صالح والثانية لأخيه الشيخ عبد القادر ولدى الشيخ محمد بن عبد الله الغزى صاحب المنح (قوله لعدم الولاية) وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة فى نكاح ولا مال كما فى البحر فى كتاب النكاح من باب الولى ، وتقدم هناك أيضا متنا وشرحا فليحفظ ، قال تعالى — والذين كفروا بعضهم أولياء بعض — (قوله إلى الأب) حيث لم يكن سفيها ، أما الأب السفيه لا ولاية له فى مال ولده أشباه فى الفوائد من الجمع والفرق . وفى جامع الفصولين :

يملك الإيصاء (ثم إلى) الجد (أبي الأب ثم إلى وصيه) ثم وصى وصيه (ثم إلى القاضى ثم إلى من نصبه القاضى) ثم وصى وصيه (وليس لوصى الأم) ووصى الأخ (ولاية التصرف فى تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصى وصيه أوالجد) أبي الأب (وإن لم يكن واحد مما ذكرنا فله) أى لوصى الأم (الحفظ) وله (بيع المنقول لا العقار) ولا يشترى إلا الطعام والكسوة لأنهما من جملة حفظ الصغير خانية .

[فروع] وصى القاضى كوصى الأب إلا إذا قيد القاضى بنوع تقيد به ، وفى الأب يعم الكل عمادية : وفى منفرقات البحر القاضى أوأمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم إليهما بخلاف وكيل ووصى وأب ، فلوضمن القاضى أو أمينه ثمن ما باعه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم . وفى الأشباه : جاز التوكيل بكل مايعقده الوكيل لنفسه إلا الوصى فله أن يشترى مال اليتيم لنفسه لا لغيره بوكالة وجاز التوكيل بالتوكيل .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(وكيل الخصومة والتقاضى) أي أخذ الدين (لا يملك القبض) عند زفر وبه يفتى لفساد الزمان ، واعتمد فى البحر العرف (و) لا (الصلح) إجماعا بحر (ورسول التقاضى يملك القبض لا الخصومة) إجماعا بحر ، أرسلتك أو كن رسولا عنى إرسال وأمرتك بقبضه توكيل

ليس للأب تحرير قنه بمال وغيره ولا أن يهب ماله ولو بعوض ولا إقراضه فى الأصح ، وللقاضى أن يقرض مال اليتيم والوقف والغائب ، وليس لوصى القاضى إقراضه ، ولو أقرضه ضمن ، وقيل يصح للأب إقراضه إذ له الإيداع فهذا أولى اه عدة كذا فى الهامش (قوله يملك الإيصاء) سواء كان وصى الميت أو وصى القاضى منح (قوله ثم وصى وصيه) قال فى جامع الفصولين فى ٢٧ ولهم الولاية فى الإجارة فى النفس والمال والمنقول والعقار ، فلو كان عقدهم بمثل القيمة أو يسير الغبن صح لا بفاحشه ، ولا يتوقف على إجازته بعد بلوغه لأنه عقد لا مجيز له حال العقد وكذا شراؤهم لليتيم يصح بيسير الغبن ولو فاحشا نفذ عليهم لا عليه ، ولو بلغ فى مدة الإجارة ، فلو كانت على النفس تخير أبطل أو أمضى ، ولو على أملاكه فلا خيار له ، وليس له فسخ البيع الذى نفذ فى صغره فصط ، قبل إنما يجوز إجارتهم اليتيم إذا كانت بأجر المثل لا بأقل منه ، الصحيح جوازه ولو بأقل اه كذا فى الهامش ، وقوله فصط هو رمز لفوائد صاحب المحيط (قوله لا العقار) فيه كلام ذكره أبو السعود فى حاشية مسكين فراجعه (قوله فله أن يشترى الخ) أي والنفع ظاهر أشباه. والفرق أنه إذا اشترى لغيره فحقوق العقد من جانب اليتيم راجعة إليه ومن جانب الآمر كذلك فيؤدى إلى المضارة بخلاف نفسه حموى س (قوله بالتوكيل) بيانه فى الأشباه من الوكالة .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(قوله أى أخذ الدين) هذا لغة وعرفا هو المطالبة عناية ح ، وكان عليه أن يذكر هذا المعنى فإنهم بنوا الحكم عليه معللين بأن العرف قاض على اللغة ، ولا يخفى عليك أن أخذ الدين بمعنى قبضه ، فلو كان المراد المعنى اللغوى يصير المعنى الوكيل بقبض الدين لا يملك القبض وهو غير معقول تدبر (قوله عند زفر) وروى عن أبي يوسف غرر الأفكار (قوله واعتمد فى البحر العرف) حيث قال : وفى الفتاوى الصغرى التوكيل بالتقاضى يعتمد العرف ، إن كان فى بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضى هو الذى يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضى توكيلا بالقبض وإلا فلا ح ، وليس فى كلامه ما يقتضى اعتماده ، نعم نقل فى المنح عن السراجية أن عليه الفتوى وكذا فى القهستانى عن المضمرات (قوله إجماعا) لأن الوكيل بعقد لا يملك عقدا آخر (قوله وأمرتك بقبضه توكيل)

خلافا للزيلعى (ولا يملكهما) أى الخصومة والقبض (وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح) بحر (ووكيل قبض الدين يملكها) أى الخصومة خلافا لهما لو وكيل الدائن، ولو وكيل القاضى لا يملكها اتفاقا كوكيل قبض العين اتفاقا. وأما وكيل قسمة وأخذ شفعة ورجوع هبة ورد بعيب فيملكها مع القبض اتفاقا ابن ملك.

(أمره بقبض دينه وأن لا يقبضه إلا جميعا فقبضه إلا درهما لم يجز قبضه) المذكور (على الآمر) لمخالفته له فلم يصر وكيلا (و) الآمر (له الرجوع على الغريم بكله) وكذا لا يقبض درهما دون درهم بحر (ولو لم يكن للغريم بينة على الإيفاء فقضى عليه) بالدين (وقبضه الوكيل فضاع منه ثم برهن المطلوب) على الإيفاء للموكل (فلا سبيل له) للمديون (على الوكيل، وإنما يرجع على الموكل) لأن يده كيده ذخيرة (الوكيل بالخصومة إذا أبى) الخصومة (لا يجبر عليها)

قال فى البحر أول كتاب الوكالة. فإن قلت: فما الفرق بين التوكيل والإرسال، فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت أى من كلام البدائع من قوله الإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه.

قلت: الرسول أن يقول له أرسلتك أو كن رسولا عنى فى كذا، وقد جعل منها الزيلعى فى باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه، وصرح فى النهاية فيه معزيا إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل، وهو الموافق لما فى البدائع إذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا اهـ وتمامه فيه (قوله خلافا للزيلعى) حيث جعل أمرتك بقبضه إرسالا ح كذا فى الهامش (قوله وكيل الصلح) لأن الصلح مسالمة لا مخاصمة (قوله أى الخصومة) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده، وقالا: لا يكون خصما زيلعى (قوله ولو وكيل القاضى) بأن وكله بقبض دين الغائب شرنبلالية (قوله أمره بقبض دينه) قال فى الهامش نقلا عن الهندية الوكيل بقبض الدين إذا أخذ العروض من الغريم والموكل لا يرضى ولا يأخذ العروض فللوكيل أن يرد العروض على الغريم ويطالبه بالدين، كذا فى جواهر الفتاوى:

رجل له على رجل ألف درهم وضح فوكل رجلا بقبضها وأعلمه أنها وضح فقبض الوكيل ألف درهم غلة وهو يعلم أنها غلة لم يجز على الآمر، فإن ضاعت فى يده ضمنها الوكيل ولم يلزم الآمر شىء، ولو قبضها وهو لا يعلم أنها غلة فقبضه جائز ولا ضمان عليه، وله أن يردها ويأخذ خلافها، فإن ضاعت من يده فكأنها ضاعت من يد الآمر، ولا يرجع بشىء فى قياس قول أبى حنيفة، وفى قياس قول أبى يوسف يرد مثلها ويأخذ الوضح اهـ.

أقول: الأوضاح حلى من فضة جمع وضح، وأصله البياض مغرب. وفى المختار: والأوضاح حلى من الدراهم الصحاح. وذكر فى الهامش: دفع إلى رجل ما لا يدفعه إلى رجل فذكر أنه دفعه إليه وكذبه فى ذلك الآمر والمأمور له بالمال فالقول قوله فى براءة نفسه عن الضمان، والقول قول الآخر، أنه لم يقبضه. ولا يسقط دينه عن الآمر، ولا يجب اليمين عليهما جميعا، وإنما يجب على الذى كذبه دون الذى صدقه، فإن صدق المأمور فى الدفع فإنه يحلف بالله ما قبض، فإن حلف لا يسقط دينه، وإن نكل سقط وصدق الآخر أنه لم يقبضه، وإن كذب المأمور فإنه يحلف المأمور خاصة لقد دفعه إليه، فإن حلف برىء، وإن نكل لزمه ما دفع إليه اهـ هندية من فصل: إذا وكل إنسانا بقضاء دين عليه (قوله درهما دون درهم) معناه لا يقبض متفرقا، فلو قبض شيئا دون شىء لم يبرأ الغريم من شىء جامع الفصولين. وفيه وكيل قبض الوديعة قبض بعضها جاز، فلو أمر أن لا يقبضها إلا جميعا فقبض بعضها ضمن ولم يجز القبض، فلو قبض ما بقى قبل أن يهلك الأول جاز القبض على الموكل اهـ

فى الأشباه : لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه لتبرعه إلا فى ثلاث كما مر (بخلاف الكفيل) فإنه يجبر عليها للالتزام .

(وكله بخصوماته وأخذ حقوقه من الناس على أن لا يكون وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز) هذا التوكيل (فلو أثبت) الوكيل (المال له) أى لموكله (ثم أراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل) لأنه ليس بوكيل فيه درر (وصح إقرار الوكيل بالخصومة) لا بغيرها مطلقا (بغير الحدود والقصاص) على موكله (عند القاضى دون غيره) استحسانا (وإن انعزل) الوكيل (به) أى بهذا الإقرار حتى لا يدفع إليه المال وإن برهن بعده على الوكالة للتناقض درر (وكذا إذا استثنى) الموكل (إقراره) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار صح التوكيل والاستثناء على الظاهر بزازية (فلو أقر عنده) أى القاضى (لا يصح وخرج به عن الوكالة) فلا تسمع خصومته درر (وصح التوكيل بالإقرار ولا يصير به) أى بالتوكيل (مقرا) بحر (وبطل توكيل الكفيل بالمال) لئلا يصير عاملا لنفسه (كما) لا يصح (لو وكله بقبضه) أى الدين (من نفسه أو عبده)

(قوله فى الأشباه الخ) الظاهر أنه أراد بالنقل المذكور الإشارة إلى مخالفته ، لما فى الأشباه : فإن من جملة الثلاث كما تقدم قبل هذا الباب أنه يجبر الوكيل بخصومة بطلب المدعى إذا غاب المدعى عليه ، وقد تبع المصنف صاحب الدرر .

وقال فى العزمية : لم نجد هذه المسألة هنا لا فى المتون ولا فى الشروح . ثم أجاب كالشرنبلالى بأنه لا يجبر عليها ، يعنى ما لم يغب موكله فإذا غاب يجبر عليها كما ذكره المصنف فى باب رهن يوضع عند عدل اه وهذا أحسن مما قدمناه عن نور العين تأمل : هذا ، ولكن المذكور فى المنح متنا موافق لما فى الأشباه فإنه ذكر بعد قوله لا يجبر عليها إلا إذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعى عليه وغاب المدعى وكأنه ساقط من المتن الذى شرح عليه الشارح تأمل (قوله وصح إقرار الوكيل) يعنى إذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة وأقر على موكله سواء كان موكله المدعى فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه درر (قوله بالخصومة) متعلق بالوكيل (قوله لا بغيرها) أى لا إقرار الوكيل بغير الخصومة أى وكالة كانت (قوله بغير الحدود والقصاص) متعلق بإقرار (قوله استحسانا) والقياس أن لا يصح عند القاضى أيضا لأنه مأمور بالمخاصمة والإقرار يضرها لأنه مسالمة ح (قوله العزل) أى عزل نفسه لأجل دفع الخصم وانى ، ورده عزمى زاده ط قال فى الهداية : تحت قوله انعزل أى لو أقيمت البينة على إقراره فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة اه (قوله حتى لا يدفع إليه المال) أى لا يؤمر الخصم بدفع المال إلى الوكيل لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلا بجواب مقيد وهو الإقرار ، وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقا اه ح عن شرح الهداية معزيا لقاضى زاده (قوله للتناقض) لأنه زعم أنه مبطل فى دعواه درر (قوله بأن قال) المسألة على خمسة أوجه مبسوطة فى البحر (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية ومثله استثناء الإنكار فيصح منها فى ظاهر الرواية زيلعى وبيانه فيه (قوله أى بالتوكيل) التوكيل بالإقرار صحيح ، ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقرارا من الموكل ، وعن الطواويسى : معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح إقراره على الموكل كذا فى البزازية رملى .

قلت : ويظهر منه وجه عدم كونه إقرارا ، ونظيره صلح المنكر (قوله وبطل توكيل الكفيل) فلو أبرأه عن الكفالة لم تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فإنه يقع باطلا ثم إذا أجازه لم يجز (قوله بالمال) متعلق بالكفيل ح وسيأتى محترزه متنا (قوله لو وكله بقبضه) أى فيما لو أعتق المولى عبده المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لأن الوكيل من

لأن الوكيل متى عمل لنفسه بطلت إلا إذا وكل المديون بإبراء نفسه فيصح ، ويصح عزله قبل إبرائه نفسه أشباه (أو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه) أو وكل المديون وكيل الطالب بالقبض لم يصح لاستحالة كونه قاضيا ومقتضيا قنية (بخلاف كفيل النفس والرسول ووكيل الإمام ببيع الغنائم والوكيل بالتزويج) حيث يصح ضمانهم لأن كلا منهم سفير (الوكيل بقبض الدين إذا كفل صح وتبطل الوكالة) لأن الكفالة أقوى للزومها فتصلح ناسخة (بخلاف العكس ، وكذا كلما صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت الكفالة أو تأخرت) لما قلنا (وكيل البيع إذا ضمن الثمن للبائع عن المشترى لم يجز) لما مر أنه يصير عاملا لنفسه (فإن أدى بحكم الضمان رجع) لبطلانه (وبدونه لا) لتبرعه .

(ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه) عملا باقراره ولا يصدق لو ادعى الإيفاء (فإن حضر الغائب فصدقه) فى التوكيل (فبها) ونعمت (وإلا أمر الغريم بدفع الدين إليه) أى الغائب (ثانيا) لفساد الأداء بإنكاره مع يمينه (ورجع) الغريم (به على الوكيل إن باقيا فى يده ولو حكما) بأن استهلكه

يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لأنه يبرئ به نفسه فلا يصح وكيلا كفاية (قوله لأن الوكيل) قال فى الهامش : أى لأن الوكيل عامل لغيره ، فمتى عمل لنفسه فقط بطلت الوكالة اه أشباه (قوله إلا إذا الخ) الاستثناء مستدرك ، فانظر ما فى البحر ، والمديون بالنصب وفاعل وكل مستتر فيه (قوله قنية) عبارتها كما فى المنح ، ولو وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وإيفاء ثمنه إلى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة أن يكون قاضيا ومقتضيا . والواحد لا يصلح أن يكون وكيلا للمطلوب والطالب فى القضاء والاقتضاء اه وتمامه فى البحر فانظره (قوله بخلاف كفيل النفس) قيده الزيلعى بأن يوكله بالخصومة . قال فى البحر : وليس بقيد ؛ إذ لو وكله بالقبض من المديون صح اه (قوله حيث يصح ضمانهم) بالثمن والمهر لأن كل واحد منهم سفير ومعبر منح ، والمناسب أن يقول يصح توكيلهم لكن لا يظهر فى مسألة وكيل الإمام ببيع الغنائم تأمل (قوله سفير) أى معبر عن غيره فلا تلحقه العهدة (قوله بخلاف العكس) هو تكرار محض ح أى مع قوله وبطل توكيل الكفيل بالمال ، لكن إذا لوحظ ارتباطه بقوله فتصلح ناسخة إظهارا للفرق بينهما لم يكن تكرارا تأمل (قوله وكذا كلما الخ) تكرار محض مع ما قبلها ح (قوله للبائع) المناسب للموكل (قوله لم يجز) استشكله الشرنبلالى بوكيل الإمام ببيع الغنائم ، ودفعه أبو السعود بما مر من أنه سفير ومعبر فلا تلحقه عهدة (قوله عاملا لنفسه) لأن حق الاقتضاء له (قوله رجع) أى على موكله بالبيع : ولقائل أن يقول التبرع حصل فى أدائه إليه بجهة الضمان كأدائه بحكم الكفالة عن المشترى بدون أمره فليتأمل شرنبلالية ، ولا يخفى أن التبرع فى المقيس عليه إنما هو فى نفس الكفالة ، وأما الأداء فهو ملزم به شاء أو أبى بخلاف مسألتنا على أنه إذا أدى على حكم الضمان لا يسمى متبرعا بل هو ملزم به فى ظنه اه (قوله عملا بإقراره) أى فى مال نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها بخلاف إقراره بقبض الوديعة الآتى لأن فيها إبطال حق المالك فى العين سائحانى (قوله ولا يصدق الخ) سيأتى متنا فى قوله ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق موكله الخ (قوله لفساد الأداء) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر ، فقوله بإنكاره الباء للسببية ، وقوله مع يمينه يشير إلى أنه لا يصدق بمجرد الإنكار :

وفى البحر عن البزازية : ولو ادعى الغريم على الطالب حين أراد الرجوع عليه أنه وكل القابض وبرهن يقبل ويبرأ وإن أنكر حلفه ، فإن نكل برىء اه : وفيه عنها أيضا : وإن أراد الغريم أن يحلفه بالله ما وكلته له ذلك ، وإن دفع عن سكوت ليس له إلا إذا عاد إلى التصديق ، وإن دفع عن تكذيب ليس له أن يحلفه ، وإن

فإنه يضمن مثله خلاصة (وإن ضاع لا) عملا بتصديقه (إلا إذا) كان قد (ضمنه عند الدفع) بقدر ما يأخذه الدائن ثانيا لا ما أخذه الوكيل لأنه أمانة لا تجوز بها الكفالة زيلعي وغيره (أو قال له قبضت منك على أنى أبرأتك من الدين) فهو كما لو قال الأب للختن عند أخذ مهر بنته آخذ منك على أنى أبرأتك من مهر بنتى ، فإن أخذته البنت ثانيا رجع الختن على الأب فكذا هذا بزازية (وكذا) يضمنه (إذا لم يصدّقه على الوكالة يعم) صورتى السكوت والتكذيب (ودفع له ذلك على زعمه) الوكالة فهذه أسباب للرجوع عند الهلاك (فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه لموكله صدق) الوكيل (بحلفه وفى الوجوه) المذكورة (كلها) الغريم (ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب) وإن برهن أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك أو أراد استحلافه لم يقبل لسعيه فى نقض ما أوجبه للغائب، نعم لو برهن أن الطالب جحد الوكالة وأخذ منى المال تقبل بحر، ولو مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له أخذه قائما ، ولو هالكا ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة ، ولو أقر بالدين وأنكر الوكالة حلف ما يعلم أن الدائن وكله عينى .

(قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه) على المشهور خلافا لابن الشحنة ، ولودفع لم يملك الاسترداد مطلقا لما مر (وكذا) الحكم (لو ادعى شراءها من المالك وصدقه) المودع لم يؤمر بالدفع لأنه إقرار على الغير (ولو ادعى انتقالها بالإرث أو الوصية منه وصدّقه أمر بالدفع إليه) لاتفاقهما على ملك الوارث (إذا لم يكن على الميت دين مستغرق) ولا بد من التلوم فيهما لاحتمال ظهور وارث آخر (ولو أنكر موته أو قال لا أدرى لا) يؤمر به ما لم يبرهن ، ودعوى الإيصاء كوكالة فليس لمودع ميت ومديونه الدفع قبل ثبوت أنه وصى ولولا وصى فدفع لبعض الورثة برىء عن حصته فقط (ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق موكله) كأداء أو إبراء أو إقراره بأنه ملكى (دفع) الغريم (المال) ولو عقارا (إليه) أى الوكيل

عاد إلى التصديق لكنه يرجع على الوكيل اه فإطلاق الشارح فى محل التقييد تأمل (قوله فإنه يضمن مثله) الأولى بدله تأمل (قوله قد ضمنه) بتشديد الميم بأن يقول ألت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ منى ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فالضمير المستتر فى وكله عائد إلى الوكيل والبارز إلى المال بحر (قوله أو قال) أى مدعى الوكالة (قوله فهذه) أى الثلاثة . وذكر فى الهامش عن القول لمن من الوكالة فى شخص أذن لآخر أن يعطى زيدا ألف درهم من ماله الذى تحت يده فادعى المأمور الدفع وغاب زيد وأنكر الإذن وطالبه بالبينة على الدفع فهل يلزمه ذلك ؟ أجاب إن كان المال الذى عنده أمانة فالقول قول المأمور مع يمينه ، وإن كان تعويضا أو دينا لم يقبل قوله إلا ببينة اه (قوله لم يقبل) ولا يكون له حق الاسترداد (قوله خلافا لابن الشحنة) فيه أن ابن الشحنة نقل رواية عن أبى يوسف أنه يؤمر بالدفع وما هنا هو المذهب فلامعارضة ح (قوله مطلقا) سواء سكت أوكذب أو صدق (قوله لما مر) أنه يكون ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب :

وفى البحر : لو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع ، قيل لا يضمن وكان ينبغى الضمان لأنه منعها من وكيل المودع فى زعمه اه ومثله فى جامع الفصولين (قوله ولو ادعى) أى الوارث أو الموصى له (قوله على ملك الوارث) أى والموصى (قوله ولابد من التلوم الخ) تقدمت هذه المسائل فى متفرقات القضاء ، وقدمنا الكلام عليها (قوله ودعوى الإيصاء كوكالة) فإذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له إذا كان عينا فى يد المقر لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح ، كما لو أقر أنه وكيله فى حياته بقبضها ، وإن كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الأول يصدق ويؤمر بالدفع إليه ، وعلى قوله الأخير وهو قول أبى يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم إليه وبيانه فى الشرح بحر (قوله أو إقراره) أى الموكل بأنه ملكى المسألة فى جامع الفصولين

لأن جوابه تسليم مالم يبرهن ، وله تحليف الموكل لا الوكيل لأن النيابة لاتجرى فى اليمين خلافا لزفر (ولو وكله بعيب فى أمة وادعى البائع أن المشترى رضى بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) والفرق أن القضاء هنا فسخ لايقبل النقض ، بخلاف ما مر خلافا لهما (فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فحضر الموكل وصدقه على الرضا كانت له لا للبائع) اتفاقا فى الأصح لأن القضاء لا عن دليل بل للجهل بالرضا ثم ظهر خلافه فلا ينفذ باطنها نهاية (والمأمور بالإنفاق) على أهل أو بناء (أو القضاء) لدين (أو الشراء أو التصدق عن زكاة إذا أمسك ما دفع إليه ونقد من ماله) ناويا الرجوع كذا قيد الخامسة فى الأشباه (حال قيامه لم يكن متبرعا) بل يقع النقصان استحسانا (إذا لم يضف إلى غيره) فلو كانت وقت إنفاقه مستهلكة ولو بصرفها لدين نفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه ضمن وصار مشتريا لنفسه متبرعا بالإنفاق لأن الدراهم تتعين فى الوكالة نهاية وبزازية ، نعم فى المنتقى : لو أمره أن يقبض من مديونه ألفا ويتصدق فتصدق بألف ليرجع على المديون جاز استحسانا .

حيث قال : قال ادعى أرضا وكالة أنه ملك موكلى فبرهن فقال ذو اليد إنه ملكى وموكلك أقر به ، فلو لم يكن له بينة فله أن يحلف الموكل لا وكيله فوكله لو غائبا فللقاضى أن يحكم به لموكله ، فلو حضر الموكل وحلف أنه لم يقر له بقى الحكم على حاله ، ولو نكل بطل الحكم اه وبه يظهر ما فى كلام الشارح (قوله لأن جوابه تسليم) لأنه إنما ادعى الإيفاء وفى ضمن دعواه إقرار بالدين وبالوكالة ، وتمامه فى التبيين (قوله ما لم يبرهن) أى على الإيفاء فتقبل لما مر أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة بحر (قوله لا الوكيل) أى على عدم علمه باستيفاء الموكل بحر (قوله لأن النيابة لا تجرى فى اليمين) وكيل قبض الدين ادعى عليه المديون الإيفاء إلى موكله أو إبراءه وأراد تحليف الوكيل أنه لم يعلم به لا يحلف ، إذ لو أقر به لم يجز على موكله لأنه على الغير جامع الفصولين وهذا التعليل أظهره مما ذكره الشارح فتدبر .

وفى نور العين عن الخلاصة وفى الزيادات فى كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكر يستحلف إلا فى ثلاث مسائل : وكيل شراء وجد عيبا فأراد الرد وأراد البائع تحليفه بالله ما يعلم أن الموكل رضى بالعيب لايحلف ، فإن أقر الوكيل لزمه .

الثانية وكيل قبض الدين إذا ادعى عليه المديون أن موكله أبرأه عن الدين واستحلف الوكيل على العلم لايحلفه ولو أقر به لزمه . يقول الحقير لم يذكر الثالثة فى الخلاصة ، وفى الثانية نظر إذ المقر به هو الإبراء الذى يدعيه المديون فكيف يتصور لزومه على الوكيل (قوله ولو وكله بعيب) أى برد أمة بسبب عيب ح (قوله لم يرد عليه الخ) أى لم يرد الوكيل على البائع ح كذا فى الهامش (قوله حتى يحلف الخ) يعنى لا يقضى اتفاقا بالرد عليه حتى يحضر المشترى ويحلف أنه لم يرض بالعيب ح كذا فى الهامش (قوله والفرق) أى بين هذه المسألة حيث لا ترد الأمة على البائع وبين التى قبلها حيث يدفع الغريم المال إلى الوكيل ح كذا فى الهامش (قوله خلافا لهما) حيث قالا لا يؤخر القضاء فى الفصلين لأن قضاء القاضى عندهما ينفذ ظاهرا فقط إذا ظهر الخطأ ح (قوله فلا ينفذ باطنا) اعترضه قاضى زاده أنه إذا جاز نقض القضاء ههنا عند أبى حنيفة أيضا بأى سبب كان لا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين ح (قوله أو الشراء) قيد به ، لما فى البحر عن الخلاصة : الوكيل ببيع الدينار إذا أمسك الدينار وباعه ديناره لا يصح (قوله عن زكاة) الظاهر أنه ليس بقيد ح ويدل عليه إطلاق ما يأتى عن المنتقى (قوله إلى غيره) أى غير مال الآمر سواء أضاف إلى مال الآمر أو أطلق ح (قوله وقت إنفاقه) أى أو شرائه أو تصدقه (قوله لدين نفسه) أو غيره ح (قوله نعم الخ) لا وجه للاستدراك فإنها لا تنافى ما قبلها ، فإن قيام

(وصى أنفق من ماله و) الحال أن (مال اليتيم غائب فهو) أى الوصى كالأب (متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع) عليه جامع الفصولين وغيره، وعلله فى الخلاصة بأن قول الوصى وإن اعتبر فى الإنفاق لكن لا يقبل فى الرجوع فى مال اليتيم إلا بالبينة .

[فروع] الوكالة المجردة لاتدخل تحت الحكم وبيانه فى الدرر صح التوكيل بالسلم لا بقبول عقد السلم ، فللناظر أن يسلم من ريعه فى زيته وحصره ، وليس له أن يوكل به من يجعله بجعل أمينا على القرية فيأمره بعقد السلم ويستلم منه على ما قرر له باطنا لأنه وكيل الواقف والوكالة أمانة لايصح بيعها ، وتمامه فى شرح الوهبانية .

الدين فى ذمة المدبون كقيام المال فى يد الوكيل وصاحب المنح والبحر ذكراها من غير استدراك ح (قوله وصى أنفق الخ) سيأتى تحرير هذه المسألة فى آخر كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى (قوله غائب) والحاضر كذلك بالأولى (قوله فروع) تكراره مع ما يأتى قريبا أول الباب (قوله وبيانه فى الدرر) قال فيها . قال فى الصغرى : الوكيل بقبض الدين إذا أحضر خصما فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة : حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين لا تقبل اه : أقر بالتوكيل وأنكر الدين لاتثبت الوكالة لأنه لما أقر بالوكالة لا يكون خصما بالدين ، بخلاف ما إذا أنكر الوكالة وأقر بالدين فإنه يكون خصما فى إثبات الدين لكون البينة واقعة على خصم منكر للوكالة فافهم كذا فى الهامش (قوله صح التوكيل بالسلم) أى الإسلام ، وقد تقدم التنبيه على هذه المسألة فى باب الوكالة بالبيع والشراء حيث قال هناك والمراد بالسلم الإسلام لا قبول السلم فإنه لايجوز ابن كمال ، وأوضحناه بعبارة الزيلعى فراجعه . وفى شرح الوهبانية قال فى المبسوط : إذا وكله أن يأخذ الدراهم فى طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها إلى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل على الموكل الدراهم قرض لأن أصل التوكيل باطل لأن المسلم إليه أمره ببيع الطعام من ذمته إلى ذمة الوكيل ، ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن على الآمر كان باطلا فكذلك إذا أمره أن يبيع طعاما فى ذمته وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل (قوله فللناظر أن يسلم الخ) فرعه على ما قبله لأنه كالوكيل على ما صرحوا به . وفى هذه العبارة إيجاز ألحقها بالألغاز ، وهى مشتملة على مسألتين :

إحداهما يجوز للقيم أن يسلم من ريع الوقف فى زيته وحصره كالوكيل بعقد السلم ثم رأس المـال وإن ثبت فى ذمته كالمسألة السابقة فهو مأمور بدفع بدله من غلة الوقف ، وليس المراد ثبوته فى الذمة متأخرا فيفسد العقد بل المراد أنه كالثمن ثبت فى الذمة ثم ما يعطيه يكون بدلا عما وجب وهنا يعطيه فى المجلس كالتوكيل بالشراء يصـح وإن لم يكن الثمن ملكه . أو نقول ، الثمن هنا معين : أى رأس مال السلم لأن مال الأمانة يتعين بالتعيين .

ثانيتهما : قد علمت أن قيم الوقف وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها : ولما اشتهر أن ذلك لا يصح جعل النظار له حيلة إذا أرادوا أن يجعلوا فى القرية أمينا يحفظ زرعها ويقررون له على ذلك جعلا ، وهى أن يأمروه بعقد السلم ويستلمون من الوكلاء على ما هو مقرر لهم باطنا فالغلة المسلم فيها تثبت فى ذمة الوكيل ، وأوصرفها من غلة الوقف ضمنها ، ولو صرف مال السلم على المستحقين لم يرجع به فى غلة الوقف وكان متبرعا لأنه صرف مال نفسه فى غير ما أذن له فيه تخريجا على المسألة السابقة لأنه توكيل بقبول السلم هذا حاصل ما ذكره شراح الوهبانية فى هذا المحل وقد صعب على فهم هذا الكلام ، ولم يتلخص منه حاصل مدة طويلة حتى فتح المولى

باب عزل الوكيل

(الوكالة من العقود الغير اللازمة) كالعارية (فلايدخلها خيار شرط ولايصح الحكم بها مقصودا وإنما يصح في ضمن دعوى صحيحة على غريم) وبيانه فى الدرر (فللموكل العزل متى شاء ما لم يتعلق به حق الغير) كوكيل خصومة بطلب الخصم كما سيجىء ولو الوكالة دورية

بشىء يغلب على ظنى أنه هو المراد فى تصوير هذه الحيلة فى المسألة الثانية ، وهى أن شخصا يكون ناظراً على وقف فيريد أن يجعل أمينا قادراً عليه بحيث ينتفع هو عاجلا والأمين آجلا فإذا أخذ من الأمين شيئا على ذلك ليقوم مقامه ويأخذ مستغلات الوقف بدلا عن الجعل فهو لا يجوز لأنه بيع الوكالة فى المعنى ، لما علمت أن الناظر وكيل الواقف وهذا يفعل فى زمننا كثيرا فى المقاطعات والأوقاف ويسمونه التزاما فإذا تحيل له بهذه الحيلة ، وهى أن يأخذ الناظر من الأمين مبلغا معلوما سلما على غلة الوقف ليصرفه فى مصارفه ويأخذ منه ماعينه له الواقف من العشر مثلا ويستغل ذلك الأمين غلة الوقف على أنه المسلم فيه ليحصل للناظر نفع بنظارته والأمين بأمانته فهو أيضا لا يجوز لأن الناظر وكيل عن الواقف فكأنه صار وكيلا عن الواقف فى قبول عقد السلم وأخذ الدراهم على الغلة الخارجة ، وقد علمت أن الجائز التوكيل بعقد السلم لا بقبوله فإذا أخذ الدراهم وصرفها على المستحقين يكون متبرعا صارفا من مال نفسه وتثبت الغلة فى ذمته فيلزمه مثلها و هذا ما ظهر لى ، ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يكون بعد بيان مقدار المسلم فيه مع سائر شروط السلم وإلا يكون فساده من جهة أخرى كما لايخفى والله تعالى أعلم .

باب عزل الوكيل

(قوله خيار شرط) لأنه إنما يحتاج إليه فى عقد لازم ليتمكن من له الخيار من فسخه إذا أراد منح (قوله فللموكل العزل) قال الزيلعى بعد تقرير مسألة عزل الوكيل ما لم يتعلق به حق الغير ، وعلى هذا قال بعض المشايخ إذا وكل الزوج بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشىء بل له عزله فى الصحيح لأن المرأة لا حق لها فى الطلاق ، وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلى لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له ، وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول .

وقال صاحب النهاية : عندى أنه يملك عزله أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك إلى المعلق والمنفذ وكلاهما ليس بشىء ، ولكن الصحيح إذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لأن ما لايكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه اه ملخصا (قوله كوكيل خصومة) تمثيل لمدخول النفى : أى ليس له عزله وإن علم به الوكيل لتعلق حق الغير به ، فليس للموكل العزل كوكيل خصومة ، وهو ما إذا وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة بطلب الخصم الذى هو المدعى ثم غاب وعزله فإنه لايصح لئلا يضيع حق المدعى ح (قوله كما سيجىء) أى قريبا (قوله ولو الوكالة دورية) لا يخلو إما أن يكون مبالغة على قوله فللموكل العزل أو على قوله ما لم يتعلق به حق الغير ، فعلى الأول يكون المعنى أن له العزل ولو كانت الوكالة دورية والمبالغة حينئذ ظاهرة ، وعلى الثانى أنه ليس له العزل فى الوكالة الدورية ، وعلى كل ففى كلام الشارح مناقشة . أما على الأول فلمنافاته لقوله وسيجىء عن العينى خلافه لأن الذى سيجىء أن له العزل فليس خلافه . وأما على الثانى فلأنه يقتضى أنه مما تعلق به حق الغير وليس كذلك ، لأن من يقول بعدم

فى طلاق وعتاق على ماصححه البزازى ، وسيجىء عن العينى خلافه فتنبه (بشرط علم الوكيل) أى فى القصدى ، أما الحكمى فيثبت وينعزل قبل العلم كالرسول (ولو) عزله (قبل وجود الشرط فى المعلق به) أى بالشرط به يفتى شرح وهبانية (ويثبت ذلك) أى العزل (بمشافهته به وبكتابة) مكتوب بعزله (وإرساله رسولا) مميزا (عدلا أو غيره) اتفاقا (حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا) صدقه أو كذبه ، ذكره المصنف فى متفرقات القضاء (إذا قال) الرسول (الموكل أرسلنى إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته ، ولو أخبره فضولى) بالعزل (فلابد من أحد شطرى الشهادة) عدد أو عدالة (كأخواتها) المتقدمة فى المتفرقات ، وقدمنا أنه متى صدقه قبل ولو فاسقا اتفاقا ابن ملك ، وفرّع على عدم لزومها من الجانبين بقوله (فللوكيل) أى بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وببيع ماله وبشراء شىء بغير عينه كما فى الأشباه (عزل نفسه بشرط علم موكله) وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض وإمام نفسهما وإلا لا كما بسطه فى الجواهر (وكله بقبض الدين ملك عزله إن بغير حضرة المديون ، وإن) وكله (بحضرته لا) لتعلق حقه به كما مر (إلا إذا علم به) بالعزل (المديون) فحينئذ ينعزل ؛ ثم فرع عليه بقوله (فلو دفع المديون دينه إليه) أى الوكيل (قبل علمه) أى المديون (بعزله يبرأ) وبعده لا لدفعه لغير وكيل

عزله فى الوكالة الدورية يقول إنه لا يمكن لأنه كلما عزله تجددت له وكالة ، وقوله فى طلاق وعتاق يحتمل أنه حال من الوكالة الدورية ويحتمل أنه مسألة أخرى من مدخول لو أيضا : أى ولو فى طلاق وعتاق لا بقيد كونه فى الوكالة الدورية ، وفى كل مناقشة أيضا ، لأن البزازى لم يصحح شيئا منهما ، بل قال وكله غير جائز الرجوع ؛ قال بعض المشايخ : ليس له أن يعزله فى الطلاق والعتاق ؛ وقال بعض مشايخنا : له العزل وليس فيه رواية مسطورة . وقال قبله : لو عزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح بلا علم لأنه وإن لم يلحقه ضرر لمكنه يصير مكذبا فيكون غرورا اهـ ؛ نعم يصح حمله على الثانى إن جعلت المبالغة على قوله فللموكل عزله ؛ ولا يرد حينئذ عليه أنه مما لاحق فيه للغير كما سيصرح به ، والظاهر أن قوله وسيجىء عن العينى خلافه وقع من سهو القلم ولو حذفه لاستقام الكلام وانتظم ؛ والعبارة الجيدة أن يقول : فللموكل العزل متى شاء ولو الوكالة دورية ما لم يتعلق به حق الغير كوكيل خصومة بطلب الخصم بشرط علم الوكيل ولو فى طلاق وعتاق (قوله فى طلاق وعتاق) لو داخلة على الظرف أيضا فكأنه قال ولو كانت الوكالة بطلاق أو عتاق : أى فإن العزل فيهما لا يصح س (قوله وسيجىء) أى قريبا (قوله بشرط علم الوكيل) فلو أشهد على العزل فى غيبة الوكيل لم يتضرر بحر (قوله كالرسول) فإنه ينعزل قبل علمه س (قوله بعزله) أى إن وصل إليه المكتوب كما سيأتى فى الفروع (قوله الموكل الخ).هو مقول القول (قوله كأخواتها) وهى إخبار السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح والمسلم الذى لم يهاجر بالشرائع والإخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف (قوله لا الوكيل بنكاح) فإنه يصح عزله نفسه فى هذه الأشياء وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره ح (قوله عزل نفسه) قال فى الأشباه : لا يصح عزل الوكيل نفسه إلا بعلم الموكل إلا الوكيل بشراء شىء بعينه أو بيع ماله ذكره فى وصايا الهداية ؛

قلت : وكذا الوكيل فى النكاح والطلاق والعتاق اهـ ؛ وقال الباقانى : لا يصح ولا يخرج عن الوكالة قبل علم الموكل . وفى الزيلعى : عزل نفسه عن الوكالة ثم تصرف فيما وكل إليه قبل علم الموكل العزل صح تصرفه اهـ كذا فى الهامش (قوله وإمام) أى للصلاة منح : أى لا يصح العزل إلا بعلم المولى : ونص الجواهر : لا ينعزل

(ولو عزل العدل) الموكل ببيع الرهن (نفسه بحضرة المرتهن إن رضى به) بالعزل (صح وإلا لا) لتعلق حقه به ، وكذا الوكالة بالخصومة بطلب المدعى عند غيبته كما مر وليس منه توكيله بطلاقها بطلبها على الصحيح لأنه لاحق لها فيه ولا قوله كلما عزلتك فأنت وكيلى لعزله بكلما وكلتك فأنت معزول عنى (وقول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل ألغيت توكيلى أو أنا برىء من الوكالة ليس بعزل كجحود الموكل) بقوله لم أوكلك لا يكون عزلا (إلا أن يقول) الموكل للوكيل (والله لا أوكلك بشىء فقد عرفت تهاونك فعزل) زيلعى ، لكنه ذكر فى الوصايا أن جحوده عزل ، وحمله المصنف على ما إذا وافقه الوكيل على الترك ، لكن أثبت القهستانى اختلاف الرواية وقدم الثانى وعلله بأن جحوده ماعدا النكاح فسخ . ثم قال : وفى رواية لم ينعزل بالجحود اه فليحفظ .

(وينعزل الوكيل) بلا عزل (بنهاية) الشىء (الموكل فيه كأن وكله بقبض دين فقبضه) بنفسه (أو) وكله (بنكاح فزوّجه) الوكيل بزازية ، ولو باع الموكل والوكيل معا أو لم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد ، وعند أبى يوسف يشتركان ويخيران كما فى الاختيار وغيره (و) ينعزل (بموت أحدهما وجنونه مطبقا) بالكسر: أى مستوعبا سنة على الصحيح درز وغيرها ، لكن فى الشرنبلالية عن المضمرات شهر ، وبه يفتى وكذا فى القهستانى والباقانى ، وجعله قاضيخان فى فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبى حنيفة وأن عليه الفتوى فليحفظ (و) بالحكم (بلحوقه مرتدا) ثم لا تعود

إلا إذا علم به السلطان ورضى بعزله سائحانى (قوله ولو عزل الخ) العدل فاعل عزل والموكل مبنى للمجهول صفة العدل ونفسه مفعول عزل (قوله عند غيبته) أى غيبة الخصم الموكل (قوله وليس منه) أى ماتعلق به حق الغير حتى لا يملك عزل نفسه (قوله ولا قوله) معطوف على توكيله (قوله لعزله) قدمنا عن الزيلعى طرق عزله عن الوكالة الدورية وما هو الصحيح فيها . وأما ما ذكره هنا ففى البحر : لو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح . والفرق أن التوكيل يصح تعليقه بالشروط والعزل لا كما صرح به فى الصغرى والصيرفية فإذا وكله لم ينعزل اه (قوله لم ينعزل بالجحود) وفى حاشية أبى السعود عن خط السيد الحموى عن الولوالجية تصحيح أن الجحود رجوع : قال : وعليه الفتوى (قوله وينعزل الوكيل) وفى شركة العناية : يشكل على هذا أن من وكل بقضاء الدين فقضاه الموكل ثم قضاه الوكيل قبل العلم لم يضمن مع أنه عزل حكمى . وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمونا على القابض لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل ولذا يضمنه القابض لو هلك ، بخلاف الوكيل بالتصدق إذا دفع بعد دفع الموكل ، فلو لم يضمن الوكيل يتضرر الموكل لأنه لا يتمكن من استرداده الصدقة من الفقير ولا تضمينه اه بنوع تصرف سائحانى (قوله فزوّجه الوكيل) أشار بهذا وبما قبله إلى أن نهاية الموكل فيه إما أن تكون من جهة الموكل أو من جهة الوكيل وينعزل الوكيل بها ، فلو طلق الموكل المرأة فليس للوكيل أن يزوجه إياها لأن الحاجة قد انقضت . وفى البزازية : وكله بالتزويج فتزوجها ووطئها وطلقها وبعد العدة زوّجها من الموكل صح لبقاء الوكالة سائحانى .

أقول : الظاهر أن الضمير فى تزوجها للوكيل لا الموكل وإلا نافى ما هنا وما يأتى من أن تصرفه بنفسه عزل تأمل (قوله وينعزل) وفى التجنيس من باب المفقود رجل غاب وجعل داراً له فى يد رجل ليعمرها فدفع إليه ما لا ليحفظه ثم فقد الدافع فله أن يحفظ وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لأنه لعله قد مات ، ولا يكون الرجل وصيا للمفقود حتى يحكم بموته اه وبهذا علم أن الوكالة تبطل لفقد الموكل فى حق التصرف لا الحفظ بحر (قوله عن المضمرات شهر) أى مقدار شهر (قوله بلحوقه مرتدا) فى إيضاح الإصلاح ، المراد باللحاق ثبوته

بعوده مسلما على المذهب ولا بإفاقته بحر .

وفى شرح المجمع : واعلم أن الوكالة إذا كانت لازمة لاتبطل بهذه العوارض فلذا قال (إلا) الوكالة اللازمة (إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل) بالعزل ، ولا (بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء) لاينعزلان بموت الموكل ، بخلاف الوكيل بالخصومة أو الطلاق بزازية .

قلت : والحاصل كما فى البحر أن الوكالة ببيع الرهن لاتبطل بالعزل حقيقيا أو حكميا ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردة ، وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقى بل بالحكمى وبالخروج عن الأهلية : قلت : فإطلاق الدرر فيه نظر (و) ينعزل (بافتراق أحد الشريكين) ولو بتوكيل ثالث بالتصرف (وإن لم يعلم الوكيل) لأنه عزل حكمى .

(و) ينعزل (بعجز موكله

بحكم الحاكم بحر ، لكن عبارة درر البحار : ولحاقه بحرب فهطل بغير حكم به . قال شارحه : لأن أهل الحرب أموات في أحكام الإسلام وبلحاقه صار منهم اه .

وفى المجمع : ولحاق الموكل بعد ردته بدار الحرب يبطل . وقالا : إن حكم به . قال ابن ملك لأن لحاقه إنما يثبت بقضاء القاضى ، قيد باللحاق لأن المرتد قبله لايبطل توكيله عندهما ، وموقوف عنده ، إن أسلم نفذ وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطل اه . فعلم أن ما فى الإيضاح على قولهما ، وفيه بحث فى اليعقوبية فانظر ما كتبناه على البحر (قوله بعوده مسلما) أى سواء كان وكيلا أو موكلا بحر (قوله بحر) عبارته ومقتضاه أنه لو أفاق بعدجنونه مطبقا لا تعود وكالته (قوله العدل) مفعول وكل ، وقوله أو المرتهن عطف على العدل ح (قوله والوكيل ببيع الوفاء) لعل وجهه أن بيع الوفاء فى حكم الرهن فيصير وكيلا بأن يرهن ذلك الشيء فيكون مما تعلق به حق الغير وهو المشترى : أى المرتهن تأمل ثم رأيته منقولا عن الحموى ، وما ذكره السائحانى من أنه يبيع الرهن فهو غفلة فتنبه : قال جامعه : الذى كتبه السائحانى فى هذا المحل ما نصه : قوله والوكيل ببيع الوفاء لعل صورته ما فى المحيط وكله ببيع عين له عزله إلا أن يتعلق به حق الوكيل بأن يأمره بالبيع واستيفاء الثمن بإزاء دينه . وقال قاضيخان : إذا دفع إلى صاحب الدين عينا وقال بعه وخذ حقك منه فباعه وقبض الثمن فهلك فى يده يهلك من مال المديون ما لم يحدث رب الدين فيه قبضا لنفسه . زاد فى البزازية : ولوقال بعه لحقك صار قابضا والهلاك عليه لاعلى المديون اه. وأما بيع الوفاء المعهود فهو فى حكم الرهن اه (قوله بالخصومة) أى بالتماس الطالب بحر (قوله أوالطلاق) فيه أن التوكيل بالطلاق غير لا زم كما تقدم ح. والظاهر أنه مبنى على مقابل الأصح من أنه لا زم (قوله بزازية) ونصها: فأما فى الرهن فإذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل أو الوكيل بالأمر باليد لاينعزل وإن مات الموكل أوجن ، والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وموته ، والوكيل بالطلاق ينعزل بموت الموكل استحسانا لا قياسا اه بحر فتأمل (قوله وفيما عداها) أى الوكالة ، وهذا ينافى قول المتن كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء ح (قوله فإطلاق الدرر) حيث قال : وذا أى انعزال الوكيل فى الصور المذكورة إذا لم يتعلق به أى بالتوكيل حق الغير ، أما إذا تعلق به ذلك فلا ينعزل اه ، فإن قوله أما إذا تعلق به حق الغير يدخل فيه الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب والحكم فيها ليس كذلك ح وأصله فى المنح ، ولا يخفى أنه وارد على ما نقله الشارح عن شرح المجمع أيضا (قوله ولو بتوكيل ثالث) أي توكيل الشريكين أو أحدهما ثالثا بحر ، يعني

لو مكاتبا وحجره) أى موكله (لو مأذونا كذلك) أى علم أولا لأنه عدل حكمى كما مر ، وهذا (إذا كان وكيلا فى العقود والخصومة ، أما إذا كان وكيلا فى قضاء دين واقتضائه وقبض وديعة فلا) ينعزل بحجر وعجز ، ولو عزل المولى وكيل عبده المأذون لم ينعزل (و) ينعزل (بتصرله) أى الموكل (بنفسه فيما وكل فيه تصرفا يعجز الوكيل عن التصرف معه وإلا لا ، كما لو طلقها واحدة والعدة باقية) فللوكيل تطليقها أخرى لبقاء المحل ، ولو ارتد الزوج أو لحق وقع طلاق وكيله ما بقيت العدة (وتعود الوكالة إذا عاد إليه) أى الموكل (قديم ملكه) كأن وكله ببيع فباع موكله ثم رد عليه بما هو فسخ بقى على وكالته (أو بقى أثره) أى أثر ملكه كمسألة العدة بخلاف ما لو تجدد الملك .

[فروع] فى الملتقط عزل وكتب لا ينعزل ما لم يصله الكتاب :

وكل غائبا ثم عزله قبل قبوله صح وبعده لا :

دفع إليه قمقمة ليدفعها إلى إنسان يصلحها فدفعها

أنه تبطل الوكالة التى فى ضمن الشركة ووكالة وكيلهما بالتصرف : وفيه إشكال من حيث أنه لا يصح أن ينفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لأنه عزل قصدى فكيف يتصور أن ينعزل بدونه ، ويمكن أن يحمل على ما إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء ، فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكمى إذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة زيلعي س (قوله لو مكاتبا) يؤخذ من عموم بطلان الوكالة بعزل الموكل أن للمكاتب والمأذون عزل وكيلهما أيضا كما نبه عليه فى البحر . وقال فيه : وإن باع العبد ، فإن رضى المشترى أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل ، وإن لم يرض بذلك لم يجبر على الوكالة كذا فى كافى الحاكم ، وهو يقتضى أن توكيل عبد الغير موقوف على رضا السيد وقد سبق إطلاق جوازه على أنه لا عهدة عليه فى ذلك إلا أن يقال إنه من باب استخدام عبد الغير اه :

ثم المكاتب لو كوتب أو أذن المحجور لم تعد الوكالة لأن صحتها باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك ولم يعد بالكتابة الثانية أو الإذن الثانى شرح مجمع لابن ملك (قوله لم ينعزل) لأنه حجر خاص والإذن فى التجارة لا يكون إلا عاما فكان العزل باطلا ، ألا ترى أن المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الإذن س (قوله وينعزل الخ) قال فى الهامش : ولو وكلت بالتزويج ثم إن المرأة تزوجت بنفسها خرج الوكيل عن الوكالة علم بذلك أو لم يعلم ، ولو أخرجته عن الوكالة ولم يعلم الوكيل لا يخرج عن الوكالة ، وإذا زوّجها جاز النكاح ولو كان وكيلا من جانب الرجل بتزويج امرأة بعينها ثم إن الزوج تزوج أمها أو بنتها خرج الوكيل عن الوكالة كذا فى المحيط هندية (قوله والعدة باقية) الواو استئنافية لا للحال فافهم (قوله أو لحق) أى ولم يحكم به فلا ينافى ما تقدم (قوله وتعود الوكالة) أى يعود ملك التصرف للوكيل بموجب الوكالة السابقة ، وليس المراد أنها تعود بعد زوالها لأنه لم ينعزل كما يفهم من قوله قبله وإلا لا . وعبارة الزيلعى : فالوكيل باق على وكالته (قوله بقى على وكالته) وإن ردّ بما لا يكون فسخا لا تعود الوكالة ، كما لو وكله فى هبة شىء ثم وهبه الموكل ثم رجع فى هبته لم يكن للوكيل الهبة منح (قوله وبعده لا) أى حتى يصل إليه الخبر (قوله دفع إليه الخ) وكيل البيع قال بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن قال القاضى يضمن لأنه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح والعلة لا ، لما مر أن النهي عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهي عن التسليم فلأن لا يكون ممنوعا

ونسى لا يضمن الوكيل بالدفع .

أبرأه مما له عليه برئ من الكل قضاء ، وأما فى الآخرة فلا إلا بقدر ما يتوهم أن له عليه :

وفى الأشباه : قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ أصبعك أو قال لك كذا فادفع إليه لم يصح لأنه توكيل المجهول فلا يبرأ بالدفع إليه . وفى الوهبانية قال :

ومن قال أعط المال قابض خنصر فأعطاه لم يبرأ وبالمال يخسر
وبعه وبع بالنقد أو بع لخالد فخالفه قالوا يجوز التعـبير
وفى الدفع قل قول الوكيل مقدم كذا قول رب الدين والخصم يجبر
ولو قبض الدلال مال المبيع كى يسلمه منه وضاع يشطر

كتاب الدعوى

لا يخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة (هى) لغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره وألفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى درر ، لكن جزم فى المصباح بكسرها أيضا فيهما محافظة على ألف التأنيث ، وشرعا (قول مقبول) عندالقاضى (يقصد به طلب حق قبل غيره) خرج الشهادة والإقرار (أو دفعه) أى دفع الخصم (عن حق نفسه) دخل دعوى دفع التعرض فتسمع به يفتى بزازية ، بخلاف دعوى قطع النزاع فلا تسمع سراجية وهذا إذا أريد بالحق فى التعريف الأمر الوجودى ، فلو أريد ما يعم الوجودى والعدمى لم يحتج

عن التسليم أولى ، وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة بزازية (قوله ونسى) أى نسى من دفعها إليه (قوله أبرأه مما له عليه) انظر ما مناسبة ذكر هذا الفرع هنا :

[فروع] بعث المديون المال على يد رسول فهلك ، فإن كان رسول الدائن هلك عليه ، وإن كان رسول المديون هلك عليه ، وقول الدائن ابعث بها مع فلان ليس رسالة منه فإذا هلك هلك على المديون ، بخلاف قوله ادفعها إلى فلان فإنه إرسال فإذا هلك هلك على الدائن ، وبيانه فى شرح المنظومة أشباه (قوله أو بع لخالد) أى أو قال بعه وبع لخالد (قوله فخالفه) أى لو خالفه يجوز البيع لأنه لما أمر بالبيع كان مطلقا ، ثم قوله وبع بالنقد أو بع لخالد بعده كان مشورة ، بخلاف قوله بع بالنقد أو بع لخالد ، ونقل الجواز ولهذا أتى بصيغة قالوا شرنبلالى ملخصا (قوله وفى الدفع) أى إذا وكله بدفع ألف يقضى بها دينه فادعى الدفع (قوله مقدم) على قول الموكل إنه لم يدفع (قوله رب الدين) أى بأنه ماقبض (قوله والخصم يجبر) أى يجبر الموكل على الدفع إلى الطالب (قوله مال المبيع) أى الثمن ابن الشحنة (قوله يشطر) أى يصالح بينهما بالنصف .

كتاب الدعوى

فى الفواكه البدرية لابن الغرس مسائل كثيرة تتعلق بالدعوى فلتراجع (قوله لكن جزم) عبارته مختلة : قال فى المصباح(١) وجمع الدعوى الدعاوى بكسر الواو لأنه الأصل كما سيأتى وبفتحها محافظة على ألف التأنيث ح كذا فى الهامش (قوله دعوى دفع التعرض) قال فى البحر : اعلم أنه سئل قارئ الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه وبين غيره ، فأجاب لا يجبر المدعى على الدعوى لأن الحق له اه ولا يعارضه ما نقلوه فى الفتاوى من

---

(١) (قوله قال فى المصباح) هو منقول بالمعنى ، وفى المقام مزيد بيان وتحقيق يعلم بمراجعة عبارة المصباح اه مصححه .

لهذا القيد (والمدعى من إذا ترك) دعواه (ترك) أى لا يجبر عليها (والمدعى عليه بخلافه) أى يجبر عليها ، فلو فى البلدة قاضيان كل فى محلة فالخيار للمدعى عليه عند محمد به يفتى بزازية ولو القضاة فى المذاهب الأربعة على الظاهر ، وبه أفتيت مرارا بحر :

صحة الدعوى بدفع التعرض وهى مسموعة كما فى البزازية والخزانة ، والفرق ظاهر فإنه فى الأول إنما يدعى أنه إن كان شيء يدعيه وإلا يشهد على نفسه بالإبراء ، وفى الثانى إنما يدعى عليه أنه يتعرض فى كذا بغير حق ويطالبه فى دفع التعرض فافهم ح كذا فى الهامش (قوله لهذا القيد) أى قوله أودفعه فإنه فصل قصد به الإدخال والفصل بعد الجنس قيد فافهم « (قوله فلو) أشار به إلى أن الجبر فى أصل الدعوى لا فيمن يدعى بين يديه والتفريع لا يظهر ط ، وفى بعض النسخ بالواو (قوله فى محلة) أى بخصوصها وليس قضاؤه عاما (قوله بزازية) ليس ما ذكره عبارة البزازية : وعبارتها كما فى المنح : قاضيان فى مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب إلى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى اه :

وفى المنح قبل هذا عن الخانية : قال ولو كان فى البلدة قاضيان كل واحد منهما فى محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى والمدعى يريد أن يخاصمه إلى قاضى محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد : والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه ، وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلدة اه. وعلله فى المحيط كما فى البحر بأن أبايوسف يقول : إن المدعى منشىء للخصومة فيعتبر قاضيه ، ومحمد يقول : إن المدعى عليه دافع لها اه وإنما حمل الشارح عبارة البزازية على ما فى الخانية من التقييد بالمحلة لما قاله المصنف فى المنح ، هذا كله وكل عبارات أصحاب الفتاوى يفيد أن فرض المسألة التى وقع فيها الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما إذا كان فى البلدة قاضيان كل قاض فى محلة : وأما إذا كانت الولاية لقاضيين أو لقضاة على مصر واحد على السواء فيعتبر المدعى فى دعواه فله الدعوى عند أى قاض أراده إذ لا تظهر فائدة فى كون العبرة للمدعى أو المدعى عليه ، ويشهد لصحة هذا ماقدمناه من تعليل صاحب المحيط اه ورده الخير الرملى وادعى أن هذا بالهزيان أشبه ، وذكر أنه حيث كانت العلة لأبى يوسف أن المدعى منشىء للخصومة ولمحمد أن المدعى عليه دافع لها لايتجه ذلك ، فإن الحكم دائر مع العلة اه وهو الذى يظهر كما قال شيخنا.

وأقول : التحرير فى هذه المسألة ما نقله الشارح عن خط المصنف ومشى عليه العلامة المقدسى كما نقله عنه أبو السعود .

وحاصله أن ما ذكروه من تصحيح قول محمد من أن العبرة لمكان المدعى عليه إنما هو فيما إذا كان قاضيان كل منهما فى محلة وقد أمر كل منهما بالحكم على أهل محلته فقط بدليل قول العمادى : وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكرى أن يخاصمه إلى قاضى العسكر فهو على هذا ولا ولاية لقاضى العسكر على غير الجندى فقوله ولا ولاية دليل واضح على ذلك . أما إذا كان كل منهما مأذونا بالحكم على أى من حضر عنده من مصرى وشامى وحلبى وغيرهم كما فى قضاة زماننا فينبغى التعويل على قول أبى يوسف لموافقته لتعريف المدعى عليه : أى فإن المدعى هو الذى له الخصومة فيطلبها قبل أى قاض أراد ، وبه ظهر أنه لا وجه لما فى البحر من أنه لو تعدد القضاة فى المذاهب الأربعة كما فى القاهرة فالخيار للمدعى عليه حيث لم يكن القاضى من محلتهما ، قال : وبه أفتيت مرارا :

أقول : وقد رأيت بخط بعض العلماء نقلا عن المفتى أبى السعود العمادى أن قضاة الممالك المحروسة ممنوعون

قال المصنف : ولو الولاية لقاضيين فأكثر على السواء فالعبرة للمدعى ، نعم لو أمر السلطان إجابة المدعى عليه لزم اعتباره لعزله بالنسبة إليها كما مر مرارا.

قلت : وهذا الخلاف فيما إذا كان كل قاض على محلة على حدة ، أما إذا كان فى المصر حنفى وشافعى ومالكى وحنبلى فى مجلس واحد أو ولاية واحدة فلا ينبغى أن يقع الخلاف فى إجابة المدعى لما أنه صاحب الحق كذا بخط المصنف على هامش البزازية فليحفظ (وركنها إضافة الحق إلى نفسه) لو أصيلا كلى عليه كذا (أو) إضافته (إلى من ناب) المدعى (منابه) كوكيل ووصى (عند النزاع) متعلق بإضافة الحق (وأهلها العاقل المميز) ولو صبيا لو مأذونا فى الخصومة وإلا لا أشباه (وشرطها) أى شرط جواز الدعوى (مجلس القضاء وحضور خصمه) فلا يقضى على غائب وهل يحضره بمجرد الدعوى ؟ إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم وإلا فحتى يبرهن أو يحلف منية (ومعلومية) المال (المدعى) إذ لا يقضى بمجهول ، ولا يقال مدعى فيه وبه إلا أن يتضمن الإخبار (و) شرطها أيضا (كونها ملزمة) شيئا على الخصم بعد ثبوتها

عن الحكم على خلاف مذهب المدعى عليه اه وأشار إليه الشارح (قوله قال المصنف) فيه رد على البحر لأن قضاة المذاهب فى زماننا ولايتهم على السواء فى التعميم (قوله على السواء) أى فى عموم الولاية (قوله لعزله) أى لعزل من اختاره المدعى عن الحكم بالنسبة إلى هذه الدعوى (قوله كما مر) من أن القضاء يتقيد (قوله قلت) مكرر مع ما قبله (قوله على حدة) أى لا يقضى على غير أهلها (قوله فى مجلس) قيد اتفاقى ، والظاهر أنه أراد فى بلدة واحدة (قوله والولاية واحدة) أى لم يخصص كل واحد بمحلة (قوله عند النزاع) قال فى البحر : فخرج الإضافة حالة المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعا ، ونظيره ما فى البزازية : عين فى يد رجل يقول هو ليس لى وليس هناك منازع لا يصح نفيه ، فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه صح ، وإن كان ثمة منازع فهو إقرار للمنازع ، فلو ادعاه بعده لنفسه لا يصح ، وعلى رواية الأصل لا يكون إقرارا بالملك له اه . قال السائحانى : أقول كلام البزازية مفروض فى كون النفى إقرارا للمنازع أولا وليس فيه دعواه الملك لنفسه حالة المسالمة (قوله وشرطها) لم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغى اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق ، فلو قال أشك أو أظن لم تصح الدعوى بحر .

[فائدة] لم تسمع الدعوى بالإقرار لما فى البزازية عن الذخيرة : ادعى أن له كذا وأن العين الذى فى يده له لما أنه أقر له به أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال إنه أقر أن هذا لى أو أقر أن لى عليه كذا قيل يصح ، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلاحية الإقرار للاستحقاق الخ بحر من فصل الاختلاف فى الشهادة ، وسيأتى متنا أول الإقرار (قوله فحتى يبرهن أو يحلف) هذان قولان لا قول واحد يخير فيه بين البرهان والتحليف فراجع البحر (قوله ومعلومية المال المدعى) أى ببيان جنسه وقدره كما فى الكنز (قوله إذ لا يقضى بمجهول) ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب ، لما فى الخانية معزيا إلى رهن الأصل إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم ، والقول للمرتهن فى أى ثوب كان وكذلك فى الغصب اه فالدعوى بالأولى اه بحر .

قلت : وفى المعراج : وفساد الدعوى إما أن لا يكون لزمه شىء على الخصم أو يكون المدعى مجهولا فى نفسه ولا يعلم فيه خلاف إلا فى الوصية بأن ادعى حقا من وصية أو إقرار فإنهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اه فبلغت المستثنيات خمسة تأمل (قوله ولا يقال مدعى فيه وبه) وفى طلبة الطلبة : ولا يقال

وإلا كان عبثا (وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى مايستحيل وجوده) عقلا أو عادة (باطلة) لتيقن الكذب في المستحيل العقلي كقوله لمعروف النسب أو لمن لايولد مثله لمثله هذا ابنى ، وظهوره فى المستحيل العادى كدعوى معروف بالفقر أموالا عظيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة أو غصبها منه ، فالظاهر عدم سماعها بحر، وبه جزم ابن الغرس فى الفواكه البدرية (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه بلا أو بنعم ، حتى لو سكت كان إنكارا فتسمع البينة عليه إلا أن يكون أخرس اختيار وسنحققه ، وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطى المعاملات (فلو كان مايدعيه منقولا فى يد الخصم ذكر) المدعى (أنه في يده بغير حق) لاحتمال كونه مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده (وطلب) المدعى (إحضاره إن أمكن) فعلى الغريم إحضاره (ليشار إليه فى الدعوى والشهادة) والاستحلاف (وذكر) المدعى (قيمته إن تعذر) إحضار العين بأن كان في نقلها مؤنة وإن قلت ابن كمال معزيا للخزانة (بهلاكها أو غيبتها) لأنه مثله معنى (وإن تعذر) إحضارها (مع بقائها كرحى وصبرة طعام) وقطيع غنم (بعث القاضي أمينه) ليشار إليها (وإلا) تكن باقية (اكتفى) فى الدعوى (بذكر القيمة) وقالوا لو ادعى أنه غصب منه عين كذا ولم يذكر قيمتها تسمع فيحلف خصمه أو يجبر على البيان درر وابن ملك ،

مدعى فيه وبه وإن كان يتكلم به المتفقهة إلا أنه خطأ مشهور فهو خير من صواب مهجور حموى ط (قوله وإلا كان عبثا) أى وإن لم تكن ملزمة ، كما إذا ادعى التوكيل على موكله الحاضر فإنها لاتسمع لإمكان عزله كما فى البحر ح كذا فى الهامش (قوله وظهوره) بالجر عطف على تيقن (قوله فى الفواكه البدرية) قال فى المنح : لكنه لم يستند فى منع دعوى المستحيل العادى إلى نقل عن المشايخ :

قلت : لكن فى المذهب فروع تشهد له منها ما سيأتى آخر فصل التحالف (قوله وسنحققه) عند قول المصنف وقضى بنكوله مرة (قوله أنه فى يده) فلو أنكر كونه فى يده فبرهن المدعى أنه كان فى يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل يقبل ويجبر بإحضاره ، قال صاحب جامع الفصولين : ينبغى أن يقبل إذا لم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بشك ، وأقره فى البحر ، وجزم به القهستانى : ورده فى نور العين بأن هذا استصحاب ، وهو حجة فى الدفع لا فى الإثبات كما فى كتب الأصول (قوله وطلب المدعى الخ) هذا إذا لم يكن المدعى عليه مودعا ، فإن ادعى عين وديعة لا يكلف إحضارها بل يكلف التخلية كما فى البحر عن جامع الفصولين (قوله بأن كان فى نقلها مؤنة) فيه أن هذا من قبيل الرحى والصبرة فذكره هنا سهو : وقال فى إيضاح الإصلاح: إلا إذا تعسر بأن كان فى نقله مؤنة وإن قلت ذكره فى الخزانة ح (قوله أو غيبتها) بأن لايدرى مكانها ذكره قاضى زاده ح (قوله لأنه) أى القيمة وذكر الضمير باعتبار المذكور وهو علة لقوله وذكر قيمته (قوله وإن تعذر) أى تعسر (قوله وإلا تكن) تكرار مع قوله وذكر قيمته إن تعذر س :

[فرع] وصف المدعى المدعى فلما حضر خالف فى البعض ، إن ترك الدعوى الأولى وادعى الحاضر تسمع لأنها دعوى مبتدأة وإلا فلا بحر عن البزازية (قوله بذكر القيمة) لأن عين المدعى تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف ، فاشترط بيان القيمة لأنها شيء تعرف العين الهالكة به غاية البيان . وفى شرح ابن الكمال : ولا عبرة فى ذلك للتوصيف لأنه لايجدى بدون ذكر القيمة وعند ذكرها لاحاجة إليه أشير إلى ذلك فى الهداية اهـ. وفى القهستانى : وفى قوله وذكر قيمته إن تعذر إشارة إلى أنه لا يشترط ذكر اللون والذكورة والأنوثة والسن فى الدابة . وفيه خلاف كما فى العمادية : قال السيد أبو القاسم : إن هذه التعريفات للمدعى لازمة إذا أراد أخذ عينه أو مثله فى المثلى ، أما إذا أراد أخذ قيمته فى القيمى فيجب أن يكتفى بذكر القيمة كما فى محاضر الخزانة اهـ (قوله عين كذا) قال فى البحر : والحاصل أنه فى دعوى الغصب والرهن لايشترط بيان الجنس والقيمة فى صحة الدعوى

ولهذا لو (ادعى أعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة كفى ذلك) الإجمال على الصحيح، وتقبل بينته أو يحلف خصمه على الكل مرة (وإن لم يذكر قيمة كل عين على حدة) لأنه لما صح دعوى الغصب بلا بيان فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة بالأولى، وقيل فى دعوى السرقة يشترط ذكر القيمة ليعلم كونها نصابا، فأما فى غيرها فلا يشترط عمادية وهذا كله فى دعوى العين لا الدين، فلو (ادعى قيمة شىء مستهلك اشترط بيان جنسه ونوعه) فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى بما ذا يقضى (واختلف فى بيان الذكورة والأنوثة فى الدابة) فشرطه أبو الليث أيضا واختاره فى الاختيار، وشرط الشهيد بيان السن أيضا وتمامه فى العمادية (وفى دعوى الإيداع لابد من بيانه مكانه) أى مكان الإيداع (سواء كان له حمل أولا. وفى الغصب أن له حمل ومؤنة فلا بد) لصحة الدعوى (من بيانه وإلا) حمل له (لا) وفى غصب غير المثلى يبين قيمته يوم غصبه على الظاهر عمادية (ويشترط التحديد فى دعوى العقار كما يشترط فى الشهادة عليه ولو) كان العقار (مشهورا) خلافا لهما (إلا إذا عرف الشهود الدار بعينها فلا يحتاج إلى ذكر حدودها) كما لو ادعى ثمن العقار لأنه دعوى لدين حقيقة بحر (ولابد من ذكر بلدة بها الدار ثم المحلة ثم السكة) فيبدأ بالأعم ثم الأخص فالأخص

والشهادة ويكون القول فى القيمة للغاصب المرتهن اهـ:

قلت: وزاد فى المعراج دعوى الوصية والإقرار، قال فإنهما يصحان فى المجهول، وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اهـ فهى خمسة (قوله ولهذا) أى لسماعها فى الغصب وإن لم يذكر القيمة: قال فى الدرر: ولو قال غصبت منى عين كذا ولا أدرى قيمته قالوا تسمع. قال فى الكافى: وإن لم يبين القيمة وقال غصبت منى عين كذا ولا أدرى أهو هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعلم قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به.

أقول: فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين فتأمل، فإن كلام الكافى لا يكون كافيا إلا بهذا التحقيق ح (قوله وتقبل بينته) أى على القيمة (قوله أو يحلف) أى عند عدم البينة (قوله لأنه) علة للعلة (قوله يشترط ذكر القيمة) قال الشيخ عمر مؤلف النهر: ينبغى أن يكون المعنى أنه إذا كانت العين حاضرة لا يشترط ذكر قيمتها إلا فى دعوى السرقة حموى (قوله وهذا كله) أى المذكور من الشروط السابقة (قوله لا الدين) ستأتى دعوى الدين فى المتن (قوله اشترط بيان جنسه) أقول لى شبهة فى هذا المحل، وهى أنه لو ادعى أعيانا مختلفة فقد مر أنه يكتفى بذكر القيمة للكل جملة. وذكر فى الفصولين أنه لو ادعى أن الأعيان قائمة بيده يؤمر بإحضارها فتقبل البينة بحضرتها، ولو قال إنها هالكة وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه، فظهر أن ما قدمه المصنف فى دعوى الأعيان إنما هو إذا كانت هالكة وإلا لم يحتج إلى ذكر القيمة لأنه مأمور بإحضارها، وقدمنا عن ابن الكمال أن العين إذا تعذر إحضارها بهلاك ونحوه فذكر القيمة مغن عن التوصيف، وهو موافق لما ذكره المصنف فى الأعيان من الاكتفاء بذكر القيمة، فقوله هنا اشترط بيان جنسه ونوعه مشكل، وإن قلنا إنه لابد مع ذكر القيمة من بيان التوصيف لم يظهر فرق بين دعوى القيمة ودعوى نفس العين الهالكة. فما معنى قوله تبعا للبحر؟ وهذا كله فى دعوى العين لا الدين فليتأمل: وفى البحر عن السراجية: ادعى ثمن محدود لم يشترط بيان حدوده (قوله من بيانه) أى بيان موضع الغصب (قوله على الظاهر) قال فى نور العين: وفى غصب غير المثلى وإهلاكه ينبغى أن يبين قيمته يوم غصبه فى ظاهر الرواية. وفى رواية يتخير المالك بين أخذ قيمته يوم غصبه أو يوم هلاكه فلا بد من بيان أنها قيمة أى اليومين، ولو ادعى ألف دينار بسبب إهلاك الأعيان لا بد من أن يبين قيمتها فى موضع الإهلاك، وكذا لا بد من بيان الأعيان فإن منها ما هو قيمى ومنها ما هو مثلى اهـ (قوله فى دعوى العقار) فى المغرب العقار الضيعة،

كما فى النسب (ويكتفى بذكر ثلاثة) فلو ترك الرابع صح ، وإن ذكره وغلط فيه لاماتقى لأن المدعى يختلف به ثم إنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد فصولين (وذكر أسماء أصحابها) أى الحدود (وأسماء أنسابهم ، ولا بد من ذكر الجد) لكل منهم (إن لم يكن) الرجل (مشهورا) وإلا اكتفى باسمه لحصول المقصود (و) ذكر (أنه) أى العقار (فى يده) ليصير خصما (ويزيد) عليه (بغير حق إن كان) المدعى

وقيل كل مال له أصل كالدار والضيعة اه :

وقد صرح مشايخنا فى كتاب الشفعة بأن البناء والنخل من المنقولات وأنه لا شفعة فيهما إذا بيعا بلا عرصة ، فإن بيعا معها وجبت تبعا ، وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار ونبه فلم يرجع كعادته بحر : وفى حاشية أبى السعود : وقوله لا شفعة فيهما الخ يحمل على ما إذا لم تكن الأرض محتكرة وإلا فالبناء بالأرض المحتكرة تثبت فيه الشفعة لأنه لما له من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتى فى الشفعة (قوله كما فى النسب) فإن ذكر الاسم أعم من الاسم مع ذكر اسم الأب ، وهذا أعم من ذكر الاسم مع اسم الأب واسم الجد ح كذا فى الهامش (قوله فلو ترك) أى المدعى أو الشاهد فحكمهما فى التوى والغلط واحد كما صرح فى الفصولين (قوله وغلط فيه لا) أى لا يصح ، ونظيره إذا ادعى شراء شىء بثمن منقود فإن الشهادة تقبل وإن سكتوا عن بيان جنس الثمن ، ولو ذكروه واختلفوا فيه لم تقبل كما فى الزيلعى سائحانى (قوله فصولين) وفيه أيضا : أما لو ادعاه المدعى لا تسمع ولا تقبل بينته لأن المدعى عليه حين أجاب المدعى فقد صدقه أن المدعى بهذه الحدود فيصير بدعوى الغلط بعده مناقضا ؛ أو نقول تفسير دعوى الغلط أن يقول المدعى عليه أحدالحدود ليس ما ذكره الشاهد أو يقول صاحب الحد ليس بهذا الاسم كل ذلك نفى والشهادة على النفى لا تقبل اه :

ولصاحب جامع الفصولين بحث فيما ذكر كتبناه على هامش البحر حاصله أنه يمكن أن يجيب المدعى بأن هذا ليس لك فلا يكون مناقضا ، أو يجيب ابتداء بأنه مخالف لما حددته فينبغى التفصيل ، وتمامه فيه . وبخط السائحانى والمخلص أن يقول المدعى عليه هذا المحدود ليس فى يدى فيلزم أن يقول الخصم بل هو فى يدك ولكن حصل غلط فيمنع به ، ولو تدارك الشاهد الغلط فى المجلس يقبل أو فى غيره إذا وفق بزازية : وعبارتها : ولو غلطوا فى حد واحد أو حدين ثم تداركوا فى المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقول كان اسمه فلانا ثم صار اسمه فلانا أو باع فلان واشتراه المذكور (قوله ولا بد من ذكر الجد) قدمنا قبيل باب الشهادة على الشهادة أن الدعوى والشهادة بالمحدود فى هذا الصك تصح ، أما فى الدار فلابد من تحديده ولو مشهورا عند أبى حنيفة ، وتمام حده بذكر جد صاحب الحد . وعندهما التحديد ليس بشرط فى الدار المعروف كدار عمر بن الحارث بكوفة ، فعلى هذا لو ذكر لزيق دار فلان ولم يذكر اسمه ونسبه وهو معروف يكفيه إذ الحاجة إليهما لإعلام ذلك الرجل وهذا مما يحفظ جدا فصولين .

[فرع] قال فى جامع الفصولين : لو ذكر لزيق دار ورثة فلان لا يحصل التعريف إذ هو بذكر الاسم والنسب ، وقيل يصح لأنه من أسباب التعريف اه . وعلل للأول قبله بأن الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبة وذو رحم ثم رمز : لو كتب لزيق ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح وقيل لا ، ثم رمز : كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حداً ، ولو جعل أحد حدوده أرضا لايدرى مالكها لا يكفى :

أقول : لو كانت معروفة ينبغى أن لا يحتاج إلى ذكر صاحب اليد لحصول الغرض اه . ولا يخفى أن بحثه مخالف لقول الإمام كما قدمناه عنه : ثم قال : ولو جعل أحد الحدود أرض المملكة يصح وإن لم يذكر أنه فى يد من لأنها فى يد السلطان بواسطة يد نائبه والطريق يصلح حدا بلا بيان طوله وعرضه إلا على قول والنهر لا عند

(منقولا) لما مر (ولا تثبت يده فى العقار بتصادقهما بل لابد من بينة أو علم قاض) لاحتمال تزويرهما بخلاف المنقول لمعاينة يده ، ثم هذا ليس على إطلاقه بل (إذا ادعى) العقار (ملكا مطلقا ، أما فى دعوى الغصب و) دعوى (الشراء) من ذى اليد (فلا) يفتقر لبينة ، لأن دعوى الفعل كما تصح على ذى اليد تصح على غيره أيضا بزازية (و) ذكر (أنه يطالبه به) لتوقفه على طلبه ولاحتمال رهنه أو حبسه بالثمن وبه استغنى عن زيادة بغير حق فافهم (ولو كان) ما يدعيه (دينا) مكيلا أو موزونا نقداً أو غيره (ذكر وصفه) لأنه لا يعرف إلا به (ولا بد فى دعوى المثليات من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب) فلو ادعى كر بر دينا عليه ولم يذكر سببا لم تسمع ؛ وإذا ذكر ، ففى السلم إنما له المطالبة فى مكان عيناه ، وفى نحو قرض وغصب واستهلاك فى مكان القرض ونحوه بحر فليحفظ (ويسأل القاضى المدعى عليه) عن الدعوى فيقول إنه ادعى عليك كذا فماذا تقول (بعد صحتها وإلا) تصدر صحيحة (لا) يسأل لعدم وجوب جوابه (فإن أقر) فيها (أو أنكر

البعض ، وكذا السور وهو رواية ، وظاهر المذهب يصلح والخندق كنهر ، ولو قال لزيق أرض فلان ولفلان فى هذه القرية أراض كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة ، ولو ذكر لزيق أرض الوقف لايكفى ، وينبغى أن يذكر أنها وقف على الفقراء أو المسجد أو نحوه ويكون كذكر الواقف ، وقيل لايثبت التعريف بذكر الواقف ما لم يذكر أنه فى يد من :

أقول : ينبغى أن يكون هذا على تقدير عدم المعرفة إلا به وإلا فهو تضييق بلا ضرورة اه ملخصا (قوله منقولا) هو تكرار مع ما مر ص (قوله ولا تثبت يده فى العقار بتصادقهما الخ) هذا مما يقع كثيرا ويغفل عنه كثير من قضاة زماننا حيث يكتب فى الصكوك فأقر بوضع يده على العقار المذكور فلابد أن يقول المدعى إنه واضع يده على العقار ويشهد له شاهدان ولذا نظمت ذلك بقولى :

والبد لا تثبت فى العقار ... مع التصادق فلا تمار

بل يلزم البرهان إن لم يدع ... عليه غصبا أو شراء مدعى

وفى جامع الفصولين برمز الخانية : ادعى شيئا بيد آخر وقال هو ملكى وهذا أحدث يده عليه بلا حق ، قالوا ليس هذا دعوى غصب على ذى اليد :

قال صاحب الفصولين : أقول قياس ما مر فى فش أنه لو ادعى أنه ملكى وفى يدك بغير حق يصح ، ولو لم يذكر يوم غصبه ينبغى أن يصح هنا أيضا ، وتمامه فيه فى الفصل السادس (قوله يطالبه به) أى سواء كان عينا أو دينا منقولا أو عقارا ، فلو قال : لى عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح ما لم يقل للقاضى مره حتى يعطيه ، وقيل يصح وهو الصحيح قهستانى سائحانى (قوله وبه استغنى) أى بذكر أنه يطالبه به لأنه لا مطالبة له إذا كان محبوسا بحق (قوله ذكر وصفه) زاد فى الكنز وأنه يطالبه به . قال فى البحر : هكذا جزم به فى المتون والشروح : وأما أصحاب الفتاوى كالخلاصة والبزازية فجعلوا اشتراطه قولا ضعيفا ، وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مره ليعطينى حتى كما فى العمدة اه ، ولا يخفى أنه كان ينبغى للمصنف ذكره ، لما قالوا إن ما فى المتون والشروح مقدم على ما فى الفتاوى (قوله من ذكر الجنس) كحنطة والنوع كسقية والصفة كجيدة (قوله لم يسمع) ويذكر فى السلم شرائطه من أعلام جنس رأس المال وغيره من نوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنيا وانتقاد بالمجلس حتى يصح ، ولو قال بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحت الدعوى بلاخلاف وعلى هذا فى كل سبب له شرائط كثيرة لا يكتفى بقوله بسبب كذا صحيح ، وإذا قلت الشرائط يكتفى وأجاب

فبرهن المدعى قضى عليه) بلا طلب المدعى (وإلا) يبرهن (حلفه) الحاكم (بعد طلبه) إذ لابد من طلبه اليمين في جميع الدعاوى إلا عند الثانى فى أربع على ما فى البزازية : قال : وأجمعوا على التحليف بلا طلب فى دعوى الدين على الميت :

(وإذا قال) المدعى عليه (لا أقر ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس ليقر أو ينكر) درر ، وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثانى خلاصة . قال فى البحر : وبه أفتيت لما أن الفتوى على قول الثانى فيما يتعلق بالقضاء اه : ثم نقل عن البدائع : الأشبه أنه إنكار فيستحلف، قيدنا بتحليف الحاكم لأنهما لو (اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض ويكون بريئا فهو باطل) لأن اليمين حق القاضى مع طلب الخصم ولا عبرة باليمين ولا نكول عند غير القاضى (فلو برهن عليه) أى على حقه (يقبل وإلا يحلفه ثانيا عند قاض) بزازية

شمس الإسلام فيمن قال كفل كفالة صحيحة أنه لا يصح كالسلم لأنه لعله صحيح فى اعتقاده لا عند الحنفى المعتقد عدمها بلا قبول ، فيقول كفل وقبل المكفول له فى المجلس ويذكر فى القرض وأقرضه من نال نفسه لجواز أن يكون وكيلا وهو سفير لا يملك الطلب ويذكر أنه قبضه وصرفه فى حوائجه ليكون دينا إجماعا لأنه عند الثانى موقوف على صرفه واستهلاكه بزازية ملخصا (قوله فبرهن) ظاهره أن البينة لا تقام على مقر . قال فى البحر إلا في أربع فراجعه ،' وفيه لو أقر بعد البينة يقضى به لا بها ،. وأنه لو سكت عن الجواب يحبس إلى أن يجيب راجعه (قوله حلفه الحاكم) ولا يبطل حقه بيمينه ، لكنه ليس له أن يخاصم ما لم يقم البينة على وفق دعواه ، فإن وجدها أقامها وقضى له بها درر كذا فى الهامش (قوله فى أربع) فى الرد بالعيب يحلف المشترى بالله مارضيت بالعيب ، والشفيع بالله ما أبطلت شفعتك ، والمرأة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك شيئا ولا أعطاك النفقة ، والرابع يحلف المستحق بالله ما بايعت ح كذا فى الهامش : وفيه : فرع رجل ادعى على رجل أنه كان لأبى عليك مائة دينار وقد مات أبى قبل استيفاء شىء منها وصارت ميراثا لى بموته وطالبه بتسليم المائة دينارا فقال المدعى عليه قد كان لأبيك علىّ مائة دينار إلا أننى أديت منها ثمانين دينارا إلى أبيك فى حياته وقد أقر أبوك بالقبض ببلدة سمرقند فى بيتى فى يوم كذا بألفاظ فارسية وأقام على ذلك بينة فقال المدعى للمدعى عليه إنك مبطل فى دعواك إقرار أبى بقبض ثمانين دينارا منك ، لما أن أبى كان غائبا عن بلدة سمرقند فى اليوم الذى ادعيت إقراره فيه وكان ببلدة كبيرة وأقام على ذلك بينة هل تندفع بينة المدعى عليه ببينة المدعى ؟ فقيل لا إلا أن تكون غيبة أبى المدعى عن سمرقند فى اليوم الذى شهد شهود المدعى عليه على إقراره بالاستيفاء بسمرقند وكونه ببلدة كبيرة ظاهرا مستفيضا يعرفه كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل ، فحينئذ القاضى يدفع ببينته بينة المدعى عليه كذا فى الذخيرة فتاوى الهندية من الباب التاسع فى الشهادة على النفى والإثبات اه (قوله وأجمعوا) الألسب أن يقول وإلا فى دعوى الدين على الميت اتفاقا :

وصورة التحليف أن يقول له القاضى : بالله ما استوفيت من الديون ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه لك قابض بأمرك ولا أبرأته منه ولا شىء منه ولا أحلت بشىء من ذلك أحدا ولا عندك به ولا بشىء منه رهن ، كذا فى البحر عن البزازية ح ويحلف ، وإن أقر به المريض فى مرض موته كما فى الأشباه عن التتارخانية وقدمه الشارح قبيل باب التحكيم من القضاء (قوله ثم نقل) أى فى مسألة المتن . قال فى الهامش : قوله ثم نقل عن البدائع : المتبادر أنه راجع إلى مسألة السكوت، وليس كذلك بل هو راجع إلى المتن : قال فى البحر : وفى المجمع ، ولو قال لا أقر ولا أنكر فالقاضى لا يستحلفه . قال الشارح : بل يحبسه عند أبى حنيفة حتى يقر أو ينكر . وقالا يستحلف : وفى البدائع أنه إنكار وهو تصحيح لقولهما كما لا يخفى ، فإن الأشبه من ألفاظ التصحيح كما فى البزازية ح

إلا إذا كان حلفه الأول عنده فيكفى درر : ونقل المصنف عن القنية أن التحليف حق القاضى ، فما لم يكن باستحلافه لم يعتبر (وكذا لو اصطلحا أن المدعى لو حلف فالخصم ضامن) للمال (وحلف) أى المدعى (لم يضمن) الخصم لأن فيه تغيير الشرع (واليمين لا ترد على مدع) لحديث « البينة على المدعى » وحديث الشاهد واليمين ضعيف ، بل رده ابن معين ، بل أنكره الراوى عينى :

(برهن) المدعى (على دعواه وطلب من القاضى أن يحلف المدعى أنه محق فى الدعوى أو على أن الشهود صادقون أو محقون فى الشهادة لا يجيبه) القاضى إلى طلبته لأن الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد لأن لفظ أشهد عندنا يمين ، ولا يكرر اليمين لأنا أمرنا بإكرام الشهود ولذا لو (علم الشاهد أن القاضى يحلفه) ويعمل بالمنسوخ (له الامتناع عن أداء الشهادة) لأنه لايلزمه بزازية (وبينة الخارج فى الملك المطلق) وهو الذى لم يذكر له سبب (أحق من بينة ذى اليد) لأنه المدعى والبينة له بالحديث ، بخلاف المقيد بسبب كنتاج ونكاح فالبينة لذى اليد إجماعا كماسيجىء (وقضى) القاضى (عليه بنكوله مرة) لو نكوله (فى مجلس القاضى) حقيقة (بقوله لا أحلف) أو حكما كأن (سكت) وعلم أنه (من غير آفة) كخرس وطرش فى الصحيح سراج وعرض اليمين ثلاثا ثم القضاء أحوط

(قوله إلا إذا كان) استثناء منقطع لأن فرض المسألة فى أن الحلف الأول عند غير قاض (قوله حلفه الأول عنده) أى عند قاض فيكفى : أى لايحتاج إلى التحليف ثانيا . هذا ، ولا موقع للاستثناء كما لا يخفى ح اللهم إلا أن يكون المراد عنده قبل تقلده القضاء تأمل وراجع ، وقوله حلفه بفتح الحاء وكسر اللام وضم الفاء والهاء (قوله لم يعتبر) هذه المسألة تغاير المتقدمة فى المتن ، فإن تلك فيما إذا حلف عند غير قاض وهذه فيما إذا حلف عند القاضى باستحلاف المدعى لا القاضى ح (قوله وكذا لو اصطلحا) وفى الواقعات الحسامية قبيل الرهن : وعند محمد قال لآخر لى عليك ألف درهم فقال له الآخر إن حلفت إنها لك أديتها إليك فحلف فأداها إليه المدعى عليه ، إن كان أداها إليه على الشرط الذى شرط فهو باطل وللمؤدى أن يرجع فيما أدى لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعى اهـ بحر (قوله أو على أن الشهود الخ) أى أو طلب تحليف الشهود على أنهم صادقون (قوله فى الملك المطلق) قيد بالملك المطلق لما سيأتى وهو مقيد بما إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخ الخارج مساو أو أسبق . أما إذا كان تاريخ ذى اليد أسبق فإنه يقضى له كما سيأتى فى الكتاب بخلاف ما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان وبرهنا وأرخا وتاريخ ذى اليد أسبق فإنه يقضى للخارج كما فى الظهيرية بحر (قوله بخلاف المقيد) لأن البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح : ودليله من السنة ما روى عن جابر بن عبد الله « أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجتها وأقام الذى بيده البينة أنها ناقته نتجتها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده » وهذا حديث صحيح مشهور بحر ؛ كذا فى الهامش (قوله ونكاح) أى لو برهن على نكاح امرأة فتهاترا تعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراط ، وإذا تهاترا فرق القاضى بينهما حيث لا مرجح كما فى القنية ، ولا شىء على واحد منهما إن كان قبل الدخول . أما لو كان التهاتر بعد موتها ولم يؤرخا فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، وعلى كل واحد منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد بحر وتمامه فيه كذا فى الهامش (قوله فى الصحيح) أى على قول الثانى الذى عليه الفتوى كما تقدم (قوله وعرض اليمين) هو مبتدأ ، وقوله أحوط خبر عنه (قوله أحوط) أى ندبا وعن أبى يوسف ومحمد أن التكرار حتم حتى لو قضى

(وهل يشترط القضاء على فور النكول ، خلاف) درر ، ولم أر فيه ترجيحا قاله المصنف :

قلت : قدمنا أنه يفترض القضاء فوراً إلا فى ثلاث (قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف لا يلتفت إليه والقضاء على حاله) ماض درر فبلغت طرق القضاء ثلاثا ، وعدها فى الأشباه سبعا بينة وإقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح ، والسابع قرينة قاطعة كأن ظهر من دار خالية إنسان خائف بسكين متلوث بدم فدخلوها فورا فرأوا مذبوحا لحينه أخذ به إذ لا يمترى أحد أنه قاتله .

(شك فيما يدعى عليه ينبغى أن يرضى خصمه ولا يحلف) تحرزا عن الوقوع فى الحرام (وإن أبى خصمه إلا حلفه ، إن أكبر رأيه أن المدعى مبطل حلف وإلا) بأن غلب على ظنه أنه محق (لا) يحلف بزازية (وتقبل البينة لو أقامها) المدعى وإن قال قبل اليمين لا بينة لى سراج خلافا لما فى شرح المجمع عن المحيط (بعد يمين) المدعى عليه كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول خانية (عند العامة) وهو الصحيح لقول شريح : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ، ولأن اليمين كالخلف عن البينة فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف كأنه لم يوجد أصلا بحر (ويظهر كذبه بإقامتها) أى البينة (لو ادعاه) أى المال (بلا سبب فحلف) أى المدعى عليه ثم أقامها حتى يحنث فى يمينه وعليه الفتوى طلاق الخانية

القاضى بالنكول مرة لا ينفذ ، والصحيح أنه ينفذ س (قوله وهل يشترط) الأولى يفترض (قوله قاله المصنف) قال الرملى فى حاشية المنح : تقدم أنه ينزل منكرا على قولهما ، وعلى قول أبى يوسف يحبس إلى أن يجيب ، ولكن الأول فيما إذا لزم السكوت ابتداء ولم يجب عند الدعوى بجواب ، وهذا فيما إذا أجاب بالإنكار ثم لزم السكوت تأمل (قوله قدمنا) أى فى كتاب القضاء ح (قوله لا يلتفت إليه) أما لو أقام بينة بعده فتقبل كما يأتى قريبا (قوله ثلاثا) بينة وإقرار ونكول (قوله والسابع الخ) بحث فى هذه السابعة الخير الرملى فى حاشية المنح وقال إنه غريب لا يقبل ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد : وذكر فى البحر أن مدارها على ابن الغرس ، لكن عبارة ابن الغرس : فقد قالوا لو ظهر إنسان الخ (قوله خلافا لما فى شرح المجمع) ليس فيه ما ينافى ذلك بل حكى قولين ح (قوله بعد يمين المدعى عليه) لأن حكم اليمين انقطاع الخصومة للحال إلى غاية إحضار البينة وهو الصحيح وقيل انقطاعها مطلقا ط (قوله بعد القضاء بالنكول) كأن فائدتها لتتعدى إلى غيره لأن النكول إقرار وهو حجة قاصرة ، بخلاف البينة شيخنا ، وهذا ظاهر فى نحو الرد بالعيب (قوله خالية) قال فى البحر : ثم اعلم أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من إقامة البينة بما يبطله ، لما فى الخانية : رجل اشترى من رجل عبدا فوجد به عيبا فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضى عليه وألزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت إليه من هذا العيب وأقام البينة ثبتت بينته اه :

أقول : إن كان مبنى ما ذكره من القاعدة هو ما نقله عن الخالية ففيه نظر ، فإن نكوله عن الحلف بذل أو إقرار بأن العيب عنده فإقامته البينة بعده على أنه تبرأ إليه من هذا العيب مؤكد لما أقربه فى ضمن نكوله ، أما لو ادعى عليه مالا ونكل عن اليمين فقضى عليه به يكون إقرارا به وحكما به ، فإذا برهن على أنه كان قضاه إياه يكون تناقضا ونقضا للحكم فبين المسألتين فرق فكيف تصح قاعدة كلية ثم لا يخفى أن كلام البحر فى إقامة المقضى عليه البينة ، وظاهر كلام الشارح أن المدعى هو الذى أقام البينة كما يدل عليه السياق فلا يدل عليه ما فى الخالية من هذا الوجه أيضا ، وانظر ما كتبناه فى هامش البحر عن حاشية الأشباه للحموى (قوله طلاق الخانية) الذى نقله فى البحر عن طلاق الخانية والولوالجية من الحنث مطلق عن التقييد بالسبب وعدمه ، وما فى الدرر من عدم الحنث مطلقا جعلوه إحدى الروايتين عن محمد . والذى جعلوا الفتوى عليه هو الرواية الثانية عنه وهو قول

خلافا لإطلاق الدرر (وإن) ادعاه (بسبب فحلف) أنه لادين عليه (ثم أقامها) المدعى على السبب (لا) يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء وعليه الفتوى فصولين وسراج وشمنى وغيرهم (ولاتحليف فى نكاح) أنكره هو أو هى (ورجعة) جحدها هو أو هى بعد عدة (وفىء إيلاء) أنكره أحدهما بعد المدة (واستيلاد) تدعيه الأمة ، ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره (ورق ونسب) بأن ادعى على مجهول أنه قنه أو ابنه وبالعكس (وولاء) عتاقة أو موالاة ادعاه الأعلى أو الأسفل (وحد ولعان) والفتوى على أنه يحلف المنكر (فى الأشياء) السبعة ، ومن عدها ستة ألحق أمومية الولد بالنسب أو الرق :

والحاصل أن المفتى به التحليف فى الكل إلا فى الحدود ومنها حد قذف ولعان فلا يمين إجماعا ، لا إذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بزنا نفسه فللعبد تحليفه ، فإن نكل ثبت العتق لا الزنا (و) كذا (يستحلف السارق) لأجل المال (فإن نكل ضمن ولم يقطع) وإن أقر بها قطع ، وقالوا : يستحلف

أبى يوسف ، والتفصيل المذكور فى المتن ذكره فى جامع الفصولين ، فعبارة الشارح غير محررة (قوله خلافا لإطلاق الدرر) حيث قال وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة ، والصواب أنه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعى (قوله ثم أقامها المدعى) سيعيد الشارح المسألة بعد نحو ورقتين (قوله أو الإيفاء) بحث فيه العلامة المقدسى بأن الأصل فى الثابت أن يبقى على ثبوته وقد حكمتم لمن شهد له بشىء أنه كان له أن الأصل بقاؤه وإذا وجد السبب ثبت والأصل بقاؤه اه ط :

أقول : وجوابه أن إثبات كون الشىء له يفيد ملكيته له فى الزمن السابق واستصحاب هذا الثابت يصلح لدفع من يعارضه فى الملكية بعد ثبوتها له ، وقد قالوا الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات ، وإذا أثبتنا الحنث بكون الأصل بقاء القرض يكون من الإثبات بالاستصحاب وهو لا يجوز فالفرق ظاهر فتأمل (قوله ولاتحليف) أى فى تسعة (قوله بعد عدة) قيد للثانى كما فى الدرر (قوله تدعيه الأمة) بأنها ولدت منه ولدا وقد مات أو أسقطت سقطا مستبين الخلق وأنكره المولى ابن كمال (قوله ولا يتأتى الخ) وقلب العبارة الزيلعى وهو سبق قلم (قوله ونسب) وفي المنظومة وولاد . قال فى الحقائق : لم يقل ونسب لأنه إنما يستحلف فى النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن فى حق الرجل والأب فى حق المرأة ابن كمال (قوله وولاء) أى بأن ادعى على معروف الرق أنه معتقه أو مولاه (قوله فى الأشياء السبعة) أى السبعة الأولى من التسعة . قال الزيلعى : وهو قولهما ، والأول قول الإمام س . قال الرملى : ويقضى عليه بالنكول عندهما (قوله وكذا يستحلف السارق) وكذا يحلف فى النكاح إن ادعت هى المال : أى إن ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة فأنكر الزوج يحلف ، فإن نكل يلزمه المال ولا يثبت الحل عنده لأن المال يثبت بالبدل لا الحل . وفى النسب إذا ادعى حقا ما لا كان كالإرث والنفقة أو غير مال كحق الحضانة فى اللقيط والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع فى الهبة ، فإن نكل ثبت الحق ، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار ، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكور وكذا منكر العقود الخ ابن كمال وإنكار القود سيذكره المصنف . وفى صدر الشريعة ، فيلغز أيما امرة تأخذ نفقة غير معتدة ولا حائضة ولا نفساء ولا يحل وطؤها. وفيه ويلغز أى شخص أخذ الإرث ولم يثبت نسبه كما لو ادعى إرثا بسبب إخوة فأنكر إخوته :

والحاصل أن هذه الأشياء لا تحليف فيها عند الإمام ما لم يدع معها مالا فإنه يحلف وفاقا سائحانى (قوله ولم يقطع) اعترض بأنه ينبغى أن يصح قطعه عند أبى حنيفة لأنه بدل كما فى قود الطرف :

والحاصل أن النكول فى قطع الطرف والنكول فى السرقة ينبغى أن يتحدا فى إيجاب القطع وعدمه : ويمكن

فى التعزير كما بسطه فى الدرر : وفى الفصول : ادعى نكاحها فحيلة دفع يمينها أن تتزوج فلا تحلف . وفى الخانية لا استحلاف فى إحدى وثلاثين مسألة (النيابة تجرى فى الاستحلاف لا الحلف) وفرّع على الأول بقوله (فالوكيل والوصى والمتولى وأبو الصغير يملك الاستحلاف) فله طلب يمين خصمه (ولا يحلف) أحدمنهم (إلا إذا) ادعى عليه العقد أو (صح إقراره) على الأصيل فيستحلف حينئذ ، كالوكيل بالبيع فإن إقراره صحيح على الموكل ، فكذا نكوله . وفى الخلاصة : كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكره يستحلف إلا فى ثلاث ذكرها ، والصواب فى أربع وثلاثين لما مر عن الخانية ، وزاد ستة أخرى فى البحر ، وزاد أربعة عشر فى تنوير البصائر حاشية الأشباه والنظائر لابن المصنف ، ولولا خشية التطويل لأوردتها كلها :

(التحليف على فعل نفسه يكون على البتات) أى القطع بأنه ليس كذلك (و) التحليف (على فعل غيره) يكون (على العلم) أى إنه لا يعلم أنه كذلك لعدم علمه بما فعل غيره ظاهرا ، اللهم (إلا إذا كان) فعل الغير (شيئا يتصل به) أى بالحالف وفرّع عليه بقوله (فإن ادعى) مشترى العبد (سرقة العبد أو إباقه) وأثبت ذلك (يحلف) البائع

الجواب بأن قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالأموال ، بخلاف القطع فى السرقة فإنه خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق فليتأمل يعقوبية (قوله فى التعزير) لأنه محض حق العبد ولهذا يملك العبد إسقاطه بالعفو س (قوله فحيلة دفع يمينها) أى دفع اليمين عنها كذا فى الهامش (قوله أن تتزوج) أى بآخر كذا فى الهامش (قوله فى إحدى وثلاثين مسألة) تقدمت فى الوقف س وذكرها فى البحر هنا ، وذكر فى الهامش عن الإمام الخصاف . كان الإمام الثانى وغيره رحمهم الله تعالى من أصحابنا يقولون يحلف فى كل سبب لو أقر المدعى عليه لزمه ، كما لو ادعى أنه أبوه أو ابنه أو زوجته أو مولاه ، ولو ادعى أنه أخوه أو عمه أو نحوه لا يحلف إلا أن يدعى حقا فى ذمته كالإرث بجهة فحينئذ يحلف ، وإن نكل يقضى بالمال إن ثبت المال ، ودعوى الوصية بثلث المال كدعوى الإرث على ما ذكرنا إلا فى فصل واحد : وهو أن الوارث لو نكل عن اليمين عن موت مورثه ودفع ثلث ما فى يده من ماله إلى ثلث مدعى الوصية بالثلث ثم جاء المورّث حيا لا يضمن الوارث الناكل له شيئا من البزازية من كتاب أدب القاضى فى اليمين (قوله لا الحلف) يخالفه ما يأتى عن شرح الوهبانية من أن الأخرس الأصم الأعمى يحلف وليه (قوله ولا يحلف الخ) الأولى أن يقول وفرع على الثانى بقوله ولا يحلف الخ (قوله على الأصيل) أى الوكيل لقط كذا فى الهامش (قوله فيستحلف الخ) بقى هل يستحلف على العلم أو على البتات؟ ذكر فى الفصل السادس والعشرين من نور العين أن الوصى إذا باع شيئا من التركة فادعى المشترى أنه معيب فإنه يحلف على البتات ، بخلاف الوكيل فإنه يحلف على عدم العلم اهـ فتأمله كذا بخط بعض الفضلاء (قوله والصواب فى أربع وثلاثين) أى بضم الثلاثة إلى ما فى الخانية ، لكن الأولى منها مذكورة فى الخانية (قوله لابن المصنف) وهو الشيخ شرف الدين عبد القادر وهو صاحب تنوير البصائر وأخوه الشيخ صالح صاحب الزواهر كذا يفهم من كتاب الوقف (قوله سرقة العبد الخ) يعنى أن مشترى العبد إذا ادعى أنه سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقته فى يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق فى يد البائع وأراد التحليف يحلف البائع بالله ما أبق بالله ما سرق فى يدك وهذا تحليف على فعل الغير درر كذا فى الهامش (قوله أو إباقه) ليس المراد بالإباق الذى يدعيه المشترى الإباق الكائن عنده ، إذ لو أقر به البائع لا يلزمه شىء لأن الإباق من العيوب التى لا بد فيها من المعاودة بأن يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشترى كلاهما فى صغره أو كبره على ما سبق فى محله أبو السعود . وفى الحواشى السعدية ، قوله يحلف على البتات بالله ما أبق :

(على البتات) مع أنه فعل الغير وإنما صح باعتبار وجوب تسليمه سليما فرجع إلى فعل نفسه فحلف على البتات لأنها آكد ولذا تعتبر مطلقا بخلاف العكس درر عن الزيلعي : وفي شرح المجمع عنه : هذا إذا قال المنكر لا علم لي بذلك ، ولو ادعى العلم حلف على البتات كمودع ادعى قبض ربها وفرع على قوله وفعل غيره على العلم بقوله (وإذا ادعى) بكر (سبق الشراء) له على شراء زيد ولا بينة (يحلف خصمه) وهو بكر (على العلم) أي أنه لا يعلم أنه اشتراه قبله لما مر (كذا إذا ادعى دينا أو عينا على وارث إذا علم القاضي كونه ميراثا أو أقر به المدعى أو برهن الخصم عليه) فيحلف على العلم (ولو ادعى عما) أي الدين والعين (الوارث) على غيره (يحلف) المدعى عليه (على البتات) كموهوب وشراء درر (و) يحلف (جاحد القود) إجماعا (فإن نكل ، فإن كان في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص) لأن الأطراف خلقت وقاية للنفس كالمال فيجري فيها الابتذال

أقول : الظاهر أنه يحلف على الحاصل بالله ما عليك الرد فإن في الحلف على السبب يتضرر البائع أو قد برأ المشترى على العيب اهـ (قوله على البتات) كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات كفى وسقطت عنه وعلى عكسه لا ، ولا يقضى بنكوله على ما ليس واجبا عليه بحر (قوله لأنها آكد) أي لأن يمين البتات آكد من يمين العلم اهـ ح (قوله ولذا تعتبر مطلقا) أي ولكون يمين البتات آكد من يمين العلم تعتبر في فعل نفسه وفي فعل غيره ح كذا في الهامش (قوله مطلقا) أي فعل نفسه وفعل غيره (قوله بخلاف العكس) يعني أن يمين العلم لا تكفي في فعل نفسه ح كذا في الهامش (قوله عن الزيلعي) قال الزيلعي : في كل موضع يجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه ولا يسقط اليمين عنه ، وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس اهـ .

وفي جامع الفصولين قبل هذا الفرع مشكل . قال الرملي : وجه إشكاله أنه يقضى عليه مع أنه غير مكلف إلى البت ويزول الإشكال بأنه مسقط لليمين الواجبة عليه فاعتبر فيكون قضاء بعد نكول عن يمين مسقط للحلف عنه بخلاف عكسه ولهذا يحلف ثانيا لعدم سقوط الحلف عنه بها فنكوله عنه لعدم اعتباره والاحتراز به فلا يقضى عليه بسببه تأمل اهـ . واستشكل في السعدية الفرعين ولم يجب على الثاني ، وأجاب عن الأول بأنه يجوز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار اهـ وهو بمعنى ما ذكره الرملي (قوله وهو بكر) تفسير للضمير ، والأولى أن يقول : أي خصم بكر وهو زيد .

أقول : تبع الشارح في هذا المصنف وصاحب الدرر . قال بعض مشايخنا : صوابه زيد لأنه هو المنكر واليمين عليه : ويمكن أن يقال أن يحلف بالبناء للفاعل لا للمفعول ؛ ومعناه أن يطلب من القاضي تحليفه لأن ولاية التحليف له فيكون قوله وهو بكر تفسيرا للضمير في خصمه لكن فيه ركاكة س . وقال في الهامش : قوله وهو بكر راجع إلى المضاف إليه لا للمضاف ، ولو قال وهو زيد لكان أولى ح (قوله إذا علم القاضي) ينبغي أن يخصص التقييد بذلك بصورة العين كما يظهر من العمادية ، فإن جريان ذلك في الدين مشكل عزمي . وذكر في البحر تفصيلا في دعوى الدين فراجعه فإنه مهم (قوله كونه ميراثا) أي كون المورث مات وتركه (قوله أو برهن الخصم) وهو المدعى عليه (قوله فيحلف) أي الوارث (قوله على العلم) أي وإلا بأن لم يعلم القاضي حقيقة الحال ولا إقرار المدعى بذلك ولا أقام المدعى عليه بينة يحلف على البتات بالله ما عليك تسليم هذه العين إلى المدعى عمادية عزمي (قوله كموهوب) يعني لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه أو اشترى رجل من رجل عبدا فجاء رجل وزعم

خلافا لهما :

(قال المدعى: لى بينة حاضرة) فى المصر (وطلب يمين خصمه لم يحلف) خلافا لهما ، ولو حاضرة فى مجلس الحكم لم يحلف اتفاقا ، ولو غائبة عن المصر حلف اتفاقا ابن ملك ، وقدر فى المجتبى الغيبة بمدة السفر (ويأخذ القاضى) فى مسألة المتن فيما لا يسقط بشبهة (كفيلا ثقة) يأمن هروبه بحر فليحفظ (من خصمه) ولو وجيها والمال حقيرا فى ظاهر المذهب عينى (بنفسه ثلاثة أيام) فى الصحيح ، وعن الثانى إلى مجلسه الثانى وصحح (فإن امتنع من) إعطاء (ذلك) الكفيل (لازمه) بنفسه أو أمينه مقدار (مدة التكفيل) لئلا يغيب (إلا أن يكون الخصم (غريبا)

أن العبد عبده ولا بينة له فأراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات ح (قوله خلافا لهما) فعندهما يلزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص منح (قوله حاضرة فى المصر) أطلق حضورها فشمل حضورها فى المصر بصفة المرض ، وظاهر ما فى خزانة المفتين خلافه فإنه قال الاستحلاف يجرى فى الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعى عليه ويقول المدعى لا شهود لى أو شهودى غيب أو فى المصر اهـ بحر (قوله ويأخذ القاضى) أى بطلب المدعى كما فى الخانية . وفى الصغرى : هذا إذا كان المدعى عالما بذلك ، أما إذا كان جاهلا فالقاضى يطلب رواه ابن سماعة عن محمد اهـ بحر (قوله فى مسألة المتن) قيد بها لأنه لو قال لا بينة لى أو شهودى غيب لايكفل لعدم الفائدة ، كذا فى الهداية (قوله يؤمن هروبه) بأن يكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن فى بيت بكراء ويتركه ويهرب منه منح وهذا شىء يحفظ جدا بحر عن الصغرى : قال : وينبغى أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه فى الأوقاف وإن لم يكن له ملك فى دار أو حانوت لأنه لا يتركها ويهرب اهـ :

وفى البحر أيضا عن كفالة الصغرى : لقاضى أو رسوله إذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه بأمر المدعى أولا بأمره ، فإن لم يضف الكفالة إلى المدعى بأن قال أعط كفيلا بنفسك ولم يقل للطالب ترجع الحقوق إلى القاضى أو رسوله ، حتى لو سلم إليه الكفيل يبرأ ، ولو سلم إلى المدعى فلا ، وإن أضاف إلى المدعى كان الجواب على العكس اهـ : وفيه عنها طلب المدعى من القاضى وضع المنقول عند عدل ولم يكتف بكفيل النفس ، فإن كان المدعى عليه عدلا لايجيبه القاضى ، ولو فاسقا يجيبه . وفى العقار لا يجيبه إلا فى الشجر الذى عليه الثمر لأن الثمر نقلى اهـ . قال فى البحر : وظاهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه . وفى أبى السعود عن الحموى عن المقدسى التصريح بأنه من العقار (قوله فى الصحيح) فى البحر عن القنية : ادعى القاتل أن له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام ، فإن مضت ولم يأت بالبينة وقال لى بينة غائبة يقضى بالقصاص قياسا كالأموال: وفى الاستحسان يؤجل استعظاما لأمر الدم اهـ :

وفى البحر أيضا عن قضاء الصغرى أن فائدة الكفالة بالثلاث أونحوها لا لبراءة الكفيل بعدها فإن الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعده ، لكن التكفيل إلى شهر للتوسعة على الكفيل فلا يطالب إلا بعد مضيه ، لكن لو عجل لا يصح وهنا للتوسعة على المدعى فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال إذ قد يعجز المدعى عن البينة ، وإذا أحضرها يعجز عن إقامتها وإنما يسلم إلى المدعى بعد وجود ذلك الوقت ، حتى لو أحضر البينة قبل الوقت يطالب الكفيل (قوله إلى مجلسه) أى القاضى (قوله لازمه) أى دار معه حيث دار فلا يلازمه فى مكان معين : وفى الصغرى: ولا يلازمه فى المسجد لأنه بنى للذكر به يفتى . ثم قال : ويبعث معه أمينا يدور معه . ورأيت فى زيادات بعض المشايخ أن للمطلوب أن لايرضى بالأمين عنده خلافا لهما بناء على التوكيل بلا رضا الخصم بحر ملخصا وتمامه فيه

أى مسافرا (ف) يلازم أو يكفل (إلى انتهاء مجلس القاضى) دفعا للضرر ، حتى لو علم وقت سفره يكفله إليه وينظر فى زيه أو يستخبر رفقاءه لو أنكر المدعى بزازية (قال لا بينة لى وطلب يمينه فحلفه القاضى ثم برهن) على دعواه بعد اليمين (قبل ذلك) البرهان عند الإمام (منه) وكذا لو قال المدعى كل بينة آتى بها فهى شهود زور أو قال إذا حلفت فأنت برىء من المال فحلف ثم برهن على الحق قبل خانية ، وبه جزم فى السراج كما مر (وقيل لا) يقبل قائله محمد كما فى العمادية ، وعكسه ابن ملك ، وكذا الخلاف لو قال لادفع لى ثم أتى بدفع ، أو قال الشاهد : لا شهادة لى ثم شهد . والأصح القبول لجواز النسيان ثم التذكر كما فى الدرر ، وأقره المصنف :

(ادعى المديون الإيصال فأنكر المدعى) ذلك (ولا بينة له) على مدعاه (فطلب يمينه فقال المدعى اجعل حقى فى الختم ثم استحلفنى له ذلك) قنية (واليمين بالله تعالى) لحديث « من كان حالفا فليحلف بالله تعالى أو ليذر » وهو قول والله خزانة ، وظاهره أنه لو حلفه بغيره لم يكن يمينا ، ولم أره صريحا بحر (لا بطلاق وعتاق) وإن ألح الخصم وعليه الفتوى تتارخانية ، لأن التحليف بها حرام خانية (وقيل إن مست الضرورة فوض إلى القاضى) اتباعا للبعض (فلو حلفه) القاضى (به فنكل فقضى عليه) بالمال (لم ينفذ) قضاؤه (على) قول (الأكثر) كذا فى خزانة المفتين ، وظاهره أنه مفرع على قول الأكثر ، أما على القول بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضى به وإلا فلا فائدة بحر ، واعتمده المصنف :

قلت : ولو حلف بالطلاق أنه لا مال عليه ثم برهن المدعى على المال ، إن شهدوا على السبب كالإقراض لا يفرق ، وإن شهدوا على قيام الدين يفرق لأن السبب لا يستلزم قيام الدين : وقال محمد : فى الشهادة على قيام المال لا يحنث لاحتمال صدقه خلافا لأبى يوسف ، كذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى

(قوله أى مسافرا) تفسير مراد (قوله حتى لو علم) بأن قال أخرج غدا مثلا (قوله يكفله) أى إلى وقت سفره بحر (قوله كما مر) أى عند قول المصنف اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض الخ ، لكن هناك اليمين من المدعى وكما مر عند قوله وتقبل البينة لو أقامها بعد يمين (قوله فأنكر المدعى) أى مدعى الدين (قوله ولا بينة له) أى لمدعى الإيصال (قوله فطلب يمينه) أى يمين الدائن (قوله فقال المدعى) أى مدعى الدين (قوله اجعل حقى فى الختم) أى الصك ، ومعناه اكتب لى الصك بالبينة ثم استحلفنى مدنى ، أو المراد إحضار نفس الحق فى شىء مختوم وهو الأظهر : وفى حاشية الفتال عن الفتاوى الأنقرويه : يعنى أحضر حقى ثم استحلفنى ، ومثله بخط للسائحانى ، ومثله فى الحامدية (قوله أنه لو حلفه بغيره) كالرحمن والرحيم بحر (قوله ولم أره صريحا) فيه أن قولهم في التغليظ ويجتنب العطف كى لا تتكرر اليمين كما يأتى ، وصاحب البحر نفسه صرح به ، وقولهم فى كتاب الأيمان : والقسم بالله تعالى أو باسم من أسمائه كالرحمن والرحيم والحق أو بصفة يحلف بها من صفاته تعالى كعزة الله وجلال الله وكبريائه وعظمته وقدرته يدل على كونه يمينا اهـ شيخنا : والعجب من صاحب المنح حيث نقله وأقره عليه وكذا الشارح ، ثم رأيت مثل ماقدمته منقولا عن المقدسى وكتبته فى هامش البحر (قوله وإلا فلا فائدة) تظهر فائدته فيما إذا كان جاهلا بعدم اعتبار نكوله فإذا طلب حلفه به ربما يمتنع ويقر بالمدعى درر البحار (قوله واعتمده المصنف) لكن عبارة ابن الكمال : فإن ألح الخصم قيل صح بهما فى زماننا لكن لا يقضى عليه بالنكول لأنه امتنع عما هو منهى عنه شرعا ، ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ انتهت ، ومثله في الزيلعى وشرح درر البحار ، وظاهره أن القائل بالتحليف بهما يقول إنه غير مشروع ولكن يعرض عليه لعله يمتنع ، فإن من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذبا فإنه يؤدى إلى طلاق الزوجة وعتق الأمة أو إمساكهما بالحرام ، بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه يتساهل به فى زماننا كثيرا تأمل ، وقوله لأنه امتنع عما هو منهى عنه شرعا :

وقد تقدم (ويغلظ بذكر أوصافه تعالى) وقيده بعضهم بفاسق ومال خطير (والاختيار) فيه و(فى صفته إلى القاضى) ويجتنب العطف كى لاتتكرر اليمين (فلو حلف بالله ونكل عن التغليظ لايقضى عليه به) أى بالنكول لأن المقصود الحلف بالله وقد حصل زيلعى (لا) يستحب التغليظ على المسلم (بزمان و) لا بـ(مكان) كذا فى الحاوى، وظاهره أنه مباح (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى، والمجوسى بالله الذى خلق النار) فيغلظ على كل بمعتقده، فلو اكتفى بالله كالمسلم كفى اختيار (والوثنى بالله تعالى) لأنه يقرّ به وإن عبد غيره، وجزم ابن الكمال بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى.

قلت: وعليه فبماذا يحلفون: وبقى تحليف الأخرس أن يقول له القاضى عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا وكذا فإذا أومأ برأسه أى نعم صار حالفا، ولو أصم أيضا كتب له ليجيب بخطه إن عرفه وإلا فبإشارته، ولو أعمى أيضا فأبوه أو وصيه أو من نصبه القاضى شرح وهبانية (ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم) لكراهة دخولها بحر (ويحلف القاضى) فى دعوى سبب يرتفع (على الحاصل) أى على صورة إنكار المنكر، وفسره بقوله (أى بالله

أقول: فكيف يجوز للقاضى تكليفه الإتيان بما هو منهى شرعا ولعل ذلك البعض يقول النهى عنه تنزيهى سعدية (قوله وقد تقدم) أى قبيل قوله ولا تحليف فى طلاق ورجعة الخ (قوله ويغلظ الخ) أى يؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ولا شىء منه لأن أحوال الناس شتى، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويحتال عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك زيلعى (قوله زيلعى) عبارته: ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لايقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها اهـ (قوله وظاهره أنه مباح) فى البحر عن المحيط: لايجوز التغليظ بالمكان (قوله فيغلظ على كل الخ) قال فى البحر: فإن قلت: إذا حلف الكافر بالله فقط ونكل عما ذكر هل يكفيه أم لا؟ قلت: لم أره صريحا، وظاهر قولهم إنه يغلظ به أنه ليس بشرط وأنه من باب التغليظ فيكتفى بالله ولا يقضى عليه بالنكول عن الوصف المذكور اهـ (قوله صار حالفا) ولا يقول بالله إنه كان كذا لأنه إذا قال نعم يكون إقرارا لا يمينا كما فى الشرنبلالية س (قوله أو وصيه أو من نصبه القاضى) وهذا مستثنى من قولهم: الحلف لايجرى فيه النيابة أبو السعود (قوله ويحلف القاضى الخ) قال فى نور العين: النوع الثالث فى مواضع التحليف على الحاصل والتحليف على السبب جمع.

ثم المسألة على وجوه: إما أن يدعى المدعى دينا أو ملكا فى عين أو حقا فى عين، وكل منها على وجهين: إما أن يدعيه مطلقا أو بناء على سبب، فلو ادعى دينا ولم يذكر سببه يحلف على الحاصل ماله قبلك ما ادعاه ولا شىء منه، وكذا لو ادعى ملكا فى عين حاضر أو حقا فى عين حاضر ادعاه مطلقا ولم يذكر له سببا يحلف على الحاصل ما هذا لفلان ولا شىء منه، ولو ادعاه بناء على سبب بأن ادعى دينا بسبب قرض أو شراء أو ادعى ملكا بسبب بيع أو هبة أو ادعى غصبا أو وديعة أو عارية يحلف على الحاصل فى ظاهر الرواية لاعلى السبب بالله ما استقرضت ما غصبت ما أودعك ما شربت منه كافى: وعن أبى يوسف يحلف على السبب فى هذه الصورة المذكورة إلا عند تعريض المدعى عليه نحو أن يقول أيها القاضى قد يبيع الإنسان شيئا ثم يقيل فحينئذ يحلف القاضى على الحاصل منح: وذكر شمس الأئمة الحلوانى رواية أخرى عن أبى يوسف أن المدعى عليه لو أنكر السبب يحلف على السبب ولو قال ما على ما يدعيه يحلف على الحاصل قاضيخان وهذا أحسن الأقاويل عندى وعليه أكثر القضاة، يقول

ما بينكما نكاح قائم و) ما بينكما (بيع قائم وما يجب عليك رده) او قائما أو بدله لو هالكا (وما هى بائن منك) وقوله (الآن) متعلق بالجميع مسكين (فى دعوى نكاح وبيع وغصب وطلاق) فيه لف ونشر لا على السبب أى بالله ما نكحت وما بعت خلافا للثانى نظرا للمدعى عليه أيضا لاحتمال طلاقه وإقالته (إلا إذا ازم) من الحلف على الحاصل (ترك النظر للمدعى فيحلف) بالإجماع (على السبب) أى على صورة دعوى المدعى (كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة والخصم لا يراهما) لكونه شافعيا لصدق حلفه على الحاصل فى معتقده فيتضرر المدعى :

قلت : ومفاده أنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه ، وأما مذهب المدعى

الحقير : وكذا فى مختارات النوازل لصاحب الهداية اه (قوله ما بينكما نكاح قائم) إدخال النكاح فى المسائل التى يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة من صاحب الهداية والشارحين لأن أبا حنيفة لايقول بالتحليف فى النكاح إلا أن يقال إن الإمام فرّع على قولهما لاعلى قوله كتفريعه فى المزارعة على قولهما بحر. ونقل عن المقدسى أنه محمول على ما إذا كان مع النكاح دعوى المال (قوله بيع قائم) هذا ، والحق ما فى الخزانة من التفصيل . قال المشترى: إذا ادعى الشراء فإن ذكر نقد الثمن فالمدعى عليه يحلف بالله ما هذا العبد ملك المدعى ولا شىء منه بالسبب الذى ادعى ولا يحلف بالله ما بعته ، وإن لم يذكر المشترى نقد الثمن يقال له أحضر الثمن ، فإذا أحضره استحلفه بالله ما يملك قبض هذا الثمن وتسليم هذا العبد من الوجه الذى ادعى ، وإن شاء حلفه بالله ما بينك وبين هذا شراء قائم الساعة :

والحاصل أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكا مطلقا وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة الثمن معنى ، وليست بدعوى العقد ولهذا تصحَ مع جهالة المبيع فيحلف على ذلك الثمن اه بحر (قوله لو قائما الخ) زاده لما فى البحر ، وفى قول المؤلف وما يجب عليك رده قصور ، والصواب ما فى الخلاصة : وما يجب عليك رده ولا مثله ولا بدله ولا شىء من ذلك اه وكذا فى قوله وما هى بائن منك الآن لأنه خاص بالبائن. وأما الرجعى فيحلف بالله ما هى طالق فى النكاح الذى بينكما . وأما إذا كانت الدعوى بالطلاق الثلاث فقال الإسبيجابى يحلف بالله ما طلقتها ثلاثا فى النكاح الذى بينكما اه .

وقد ذكر فى البحر هنا جملة مما يحلف فيه على الحاصل فراجعه وقال بعدها: ثم اعلم أنه تكرر منهم فى بعض صور التحليف تكرار لا فى لفظ اليمين خصوصا فى تحايف مدعى دين على الميت فإنها تصل إلى خمسة ، وفى الاستحقاق إلى أربعة مع قولهم فى كتاب الأيمان إن اليمين تتكرر بتكرار حرف العطف مع قوله لا كقوله لا آكل طعاما ولا شرابا ، ومع قولهم هنا فى تغليظ اليمين يجب الاحتراز عن العطف لأن الواجب يمين واحدة فإذا عطف صارت أيمانا، ولم أر عنه جوابا بل ولا من تعرض له اه . قال الرملى: أقول إذا تأمل المتأمل وحد التكرار لتكرار المدعى فليتأمل اه يعنى أن المدعى وإن ادعى شيئا واحدا فى اللفظ لكنه مدع لأشياء متعددة ضمنا فيحلف الخصم عليها احتياطا (قوله نظرا للمدعى عليه) تعليل لقوله لا على السبب (قوله لكونه شافعيا) لأنّ الشافعى يحلف على الحاصل متعقدا مذهبه أنها لا تستحق نفقة ولا شفعة فيضيع النفع فإذا حلف أنه ما أبانها واشترى ظهر النفع ورعاية جانب المدعى أولى ، لأن السبب إذا ثبت ثبت الحق واحتمال سقوطه بعارض موهوم والأصل عدمه حتى

ففيه خلاف ، والأوجه أن يسأله القاضى هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أولا ، واعتمده المصنف (وكذا) أى يحلف على السبب إجماعا (فى سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدّعى) على مولاه (عتقه) لعدم تكرر رقه (و) أما (فى الأمة) ولو مسلمة (والعبد لكافر) فلتكرر رقهما باللحاق حلف مولاهما (على الحاصل) والحاصل اعتبار الحاصل إلا لضرر مدّع وسبب غير متكرر (وصح فداء اليمين والصلح منه) لحديث « ذبوا عن أعراضكم بأموالكم» وقال الشهيد : الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب . قال فى البحر : أى ثابت بدليل جواز الحلف صادقا (ولا يحلف) المنكر (بعده) أبدا لأنه أسقط حقه (و) قيد بالفداء أو الصلح لأن المدعى (لو أسقطه) أى اليمين (قصدا بأن قال برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته لا يصح وله التحليف) بخلاف البراءة عن المال لأن التحليف للحاكم بزازية ، وكذا إذا اشترى يمينه لم يجز لعدم ركن البيع درر .

[فرع] استحلف خصمه فقال حلفتنى مرة ، إن عند حاكم أو محكم وبرهن قبل وإلا فله تحليفه درر .

قلت : ولم أر ما لو قال إنى قد حلفت بالطلاق إنى لا أحلف فيحرر .

يقوم الدليل على العارض اه (قوله ففيه خلاف) قيل لا اعتبار به وإنما الاعتبار لمذهب القاضى (قوله والأوجه أن يسأله) أى يسأل المدعى (قوله واعتمده المصنف) أى تبعا للبحر ، وانظر هل يجرى ذلك فى قضاة زماننا المأمورين بالحكم بمذهب أبى حنيفة (قوله والصلح منه) أى على شىء معلوم ، والفرق أن الثانى بأقل من المدعى ، وأما الأول فقد يكون بمثله كما فى القهستانى ح (قوله ولا يحلف) ضبطها المؤلف رحمه الله بتشديد اللام (قوله لأنه أسقط حقه) أى حقه فى الخصومة ، والذى فى البحر لأنه أسقط خصومته بأخذ المال منه مدنى (قوله وبرهن قبل) فى البحر عن البزازية : ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضى تحليفه إنه حلفنى على هذا المال عند قاض آخر أو أبرأنى عنه إن برهن قبل واندفع عنه الدعوى وإلا قال الإمام البزدوى : انقلب المدعى مدعى عليه ، فإن نكل اندفع الدعوى وإن حلف لزم المال لأن دعوى الإبراء عن المال إقرار بوجوب المال عليه ، بخلاف دعوى الإبراء عن دعوى المال اه . وظاهر هذا أن قول الشارح وإلا فله تحليفه : أى وإلا يبرهن فله تحليفه : أى تحليف المدعى الأول تأمل : وعبارة الدرر : ولو لم يكن له بينة واستحلفه أى أراد تحليف المدعى جاز (قوله وإلا فله تحليفه) أى تحليف المدعى . قال فى نور العين : أراد تحليفه فبرهن أن المدعى حلفنى على هذه الدعوى عند قاضى كذا يقبل ، ولولا بينة له فله تحليف المدعى لأنه يدعى بقاء حقه فى اليمين ، ولو ادعى أن المدعى أبرأنى عن هذه الدعوى ليس له تحليفه إن لم يبرهن إذ المدعى بدعواه استحق الجواب على المدعى عليه . والجواب إما إقرار أو إنكار ، وقوله أبرأنى الخ ليس بإقرار ولا إنكار فلا يسمع ويقال له أجب خصمك ثم ادع ما شئت ، وهذا بخلاف ما لو قال أبرأنى عن هذا الألف فإنه يحلف ، إذ دعوى البراءة عن المال إقرار بوجوبه والإقرار جواب ودعوى الإبراء مسقط فيترتب عليه اليمين ، ومنهم من قال الصواب أن يحلف على دعوى البراءة كما يحلف على دعوى التحليف وإليه مال منح ، وعليه أكثر قضاة زماننا اه . وعبارة الدرر : ولو لم يكن له بينة واستحلفه : أى أراد تحليف المدعى جاز انتهت ، وبه علم ما فى عبارة الشارح من الإيهام فتنبه (قوله ولم أر الخ) وجدت فى هامش نسخة شيخنا بخط بعض العلماء ما نصها : قد رأيتها فى أواخر القضاء قبيل كتاب الشهادة من فتاوى الكرلبشى معزيا لأول قضاء جواهر الفتاوى . وعبارته : رجل ادعى على آخر دعوى وتوجهت عليه اليمين فلما عرض القاضى اليمين عليه قال : إنى حلفت بالطلاق إنى لا أحلف أبدا والآن لا أحلف حتى لا يقع علىّ الطلاق فإن القاضى يعرض عليه اليمين ثلاثا ثم يحكم بالنكول ، ولا يسقط عنه اليمين بهذا اليمين اه (قوله فيحرر) أقول سبق عن العناية أن القاضى لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما فى الاستحلاف على الحاصل أو على السبب ، فراعاة

باب التحالف

لما قدم يمين الواحد ذكر يمين الاثنين (اختلفا) أى المتبايعان (فى قدر ثمن) أو وصفه أو جنسه (أو) فى قدر (مبيع حكم لمن برهن) لأنه نوّر دعواه بالحجة (وإن برهن فلمثبت الزيادة) إذ البينات للإثبات (وإن اختلفا فيهما) أى الثمن والمبيع جميعا (قدم برهان البائع او) الاختلاف (فى الثمن وبرهان المشترى لو فى المبيع) نظرا لإثبات الزيادة (وإن عجزا) فى الصور الثلاث عن البينة ، فإن رضى كل بمقالة الآخر فيها (و) إذ (لم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا) ما لم يكن فيه خيار فيفسخ من له الخيار (وبدئ به) يمين (المشترى) لأنه البادئ بالإنكار ، وهذا (لو) كان (بيع عين بدين وإلا)

جانب المدعى أولى ، فعلى هذا لا يعذر بدعواه الحالف بالطلاق ويقضى عليه بالنكول ، على أن ذلك يكون بالأولى لأنه هو الذى ألحق الضرر بنفسه بإقدامه على الحلف بالطلاق اه أبو السعود .

أقول : وأيضا لو كان ذلك حجة صحيحة لتحيل له كل من توجه عليه يمين فيلزم منه ضياع حق المدعى ومخالفة نص الحديث واليمين على من أنكر فتدبر :

باب التحالف

(قوله أو وصفه) كالبخارى والبغدادى (قوله أو جنسه) كدراهم أو دنانير (قوله أو فى قدر مبيع) فلو فى وصفه فلا تحالف ، والقول للبائع كما سيذكره الشارح (قوله والاختلاف فى الثمن) أقول : فى زيادة لوهنا فى الموضعين خلل . وعبارة الهداية : ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع فى الثمن أولى وبينة المشترى فى المبيع أولى نظر إلى زيادة الإثبات قاله شيخ والدى المفتى محمد تاج الدين المدنى (قوله فإن رضى الخ) هذه العبارة لا تشمل إلا صورة الاختلاف فيهما ، فالأولى أن يقول كما قال غيره : فإن تراضيا على شىء أى بأن رضى البائع بالثمن الذى ادعاه المشترى أو رضى المشترى بالبيع الذى ادعاه البائع عند الاختلاف فى أحدهما أو رضى كل بقول الآخر عند الاختلاف فيهما. وقال الحلبى : العبارة فاسدة والصواب كما قال غيره فإن تراضيا على شىء (قوله فيفسخ من له الخيار) قال فى البحر : وأشار بعجزهما إلى أن البيع ليس فيه خيار لأحدهما ولهذا قال فى الخلاصة : إذا كان للمشترى خيار رؤية أو خيار عيب أو خيار شرط لا يتحالفان اه والبائع كالمشترى ، فالمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ . فلا حاجة إلى التحالف ، ولكن ينبغى أن البائع إذا كان يدّعى زيادة الثمن وأنكرها المشترى فإن خيار المشترى يمنع التحالف ، وأما خيار البائع فلا ، ولو كان المشترى يدّعى زيادة المبيع والبائع ينكرها فإن خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ ، وأما خيار المشترى فلا ، هذا ما ظهر لى تخريجا لا نقلا اه .

وحاصله أن من له الخيار لا يتمكن من الفسخ دائما فينبغى تخصيص الإطلاق (قوله وبدئ بيمين المشترى) أى فى الصور الثلاث كما فى شرح ابن الكمال : وقوله لأنه البادئ بالإنكار . قال السائحانى : هذا ظاهر فى التحالف فى الثمن ، أما فى المبيع مع الاتفاق على الثمن فلا يظهر لأن البائع هو المنكر فالظاهر البداءة به ، ويشهد له ماسيأتى أنه إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى قدر المدة بدئ بيمين المؤجر وإلى ذلك أومأ القهستانى اه وبحث

بأن كان مقايضة أو صرفا (فهو مخير) وقيل يقرع ابن ملك، ويقتصر على النفى فى الأصح (وفسخ القاضى البيع بطلب أحدهما) أو بطلبهما، ولا ينفسخ بالتحالف ولا بفسخ أحدهما بل بفسخهما بحر (ومن نكل) منهما (لزمه دعوى الآخر) بالقضاء، وأصله قوله صلى الله عليه وسلم «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» وهذا كله لو الاختلاف فى البدل مقصودا، فلو فى ضمن شىء كاختلافهما فى الزق فالقول للمشترى فى أنه الزق ولا تحالف، كما لو اختلفا فى وصف المبيع كقوله اشتريته على أنه كاتب أو خباز وقال البائع لم أشترط فالقول للبائع ولا تحالف ظهيرية (و) قيد باختلافهما فى ثمن ومبيع لأنه (لا تحالف فى غيرهما) لأنه لا يختل به قوام العقد نحو (أجل وشرط) رهن أو خيار أو ضمان (وقبض بعض ثمن والقول للمنكر) بيمينه: وقال زفر والشافعى: يتحالفان (ولا) تحالف إذا اختلفا

مثل هذا البحث العلامة الرملى (قوله بأن كان مقايضة) أى سلعة بسلعة (قوله أو صرفا) أى ثمنا بثمن (قوله ويقتصر على النفى) بأن يقول البائع والله ما باعه بألف والمشترى والله ما اشتراه بألفين (قوله فى الأصح) وفى الزيادات: يحلف البائع والله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف س (قوله بل بفسخهما) ظاهر ما ذكره الشارحون أنهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضى وأن فسخ أحدهما لا يكفى وإن اكتفى بطلب أحدهما بحر، وذكر فائدة عدم فسخه بنفس التحالف أنه لو كان المبيع جارية فللمشترى وطؤها كما فى النهاية (قوله والسلعة قائمة) احتراز عما إذا هلكت وسيأتى متنا (قوله كاختلافهما فى الزق) هو الظرف إذا أنكر البائع أن هذا زقه، وصورته كما فى الزيلعى: أن يشترى الرجل من آخر سمنا فى زق وزنه مائة رطل ثم جاء بالزق فارغا ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا زقى وقال المشترى هو زقك فالقول قول المشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا أو لم يسم، فجعل هذا اختلافا فى المقبوض، وفيه القول قول القابض إن كان فى ضمنه اختلاف فى الثمن ولم يعتبر فى إيجاب التحالف لأن الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما فى الزق اه (قوله نحو أجل) ذكر فى البحر هنا مسألة عجيبة فلتراجع (قوله نحو أجل وشرط) لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض، فقد جزموا هنا بأن القول لمنكر الخيار كما علمت: وذكروا فى خيار الشرط فيه قولين قدمناهما فى بابه والمذهب ما ذكروه هنا بحر: أطلق الاختلاف فى الأجل فشمل الاختلاف فى أصله وقدره فالقول لمنكر الزائد، بخلاف ما لو اختلفا فى الأجل فى السلم فإنهما يتحالفان كما قدمناه فى بابه، وخرج الاختلاف فى مضيه فإن القول فيه للمشترى لأنه حقه وهو منكر استيفاء حقه كذا فى النهاية بحر: وفيه ويستثنى من الاختلاف فى الأجل ما لو اختلفا فى أجل السلم بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر فإن القول فيه لمدعيه عند الإمام لأنه فيه شرط وتركه فيه مفسد للعقد وإقدامهما عليه يدل على الصحة بخلاف ما نحن فيه، لأنه لا تعلق له بالصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه (قوله وشرط رهن) أى بالثمن من المشترى ط (قوله أو ضمان) أى اشتراط كفيل (قوله وقبض بعض ثمن) أو حط البعض أو إبراء الكل بحر والتقييد به اتفاقى، إذ الاختلاف فى قبض كله كذلك وهو قبول قول البائع وإنما لم يذكره باعتبار أنه مفروغ عنه بمنزلة سائر الدعاوى كذا فى النهاية بحر (قوله بيمينه) لأنه اختلاف فى غير المعقود عليه وبه فأشبه الاختلاف فى الحط والإبراء، وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن أو جنسه فإنه بمنزلة الاختلاف فى القول فى جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه بحر (قوله إذا اختلفا) أى فى مقدار الثمن معراج ومثله فى متن المجمع

(بعد هلاك المبيع) أو خروجه عن ملكه أو تعيبه بما لايرد به (وحلف المشترى) إلا إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى : وقال محمد والشافعى : يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك وهذا لو الثمن دينا ، فلو مقايضة تحالفا إجماعا لأن المبيع كل منهما ويرد مثل الهالك أو قيمته ، كما لو اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة سراج (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) أوخروجه عن ملكه كعبدين مات أحدهما عند المشترى بعد قبضهما ثم اختلفا فى قدر الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) أصلا فحينئذ يتحالفان ، هذا على تخريج الجمهور ، وضرف مشايخ بلخ الاستثناء إلى يمين المشترى (ولا فى) قدر (بدل كتابة) لعدم لزومها (و) قدر (رأس مال بعد إقالة)

(قوله بعد هلاك المبيع) أفاد أنه فى الأجل وما بعده لا فرق بين كون الاختلاف بعد الهلاك أوقبله (قوله المبيع) أى عند المشترى إذ قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه معراج (قوله أو تعيبه الخ) فيه أنه داخل فى الهلاك لأنه منه تأمل . ثم إن عبارتهم هكذا أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب : قال فى الكفاية : بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلة اهـ أى زيادة من الذات كسمن وولد وعقر. قال فى غرر الأفكار : ولو لم تنشأ من الذات سواء كانت من حيث السعر أو غيره قبل القبض أو بعده يتحالفان اتفاقا ويكون الكسب للمشترى اتفاقا اهـ ثم إن الشارح تبع الدرر ، ولا يخفى أن ما قالوه أولى لما علمت من شموله العيب وغيره تأمل (قوله غير المشترى) فإنهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين كما فى البحر س (قوله على قيمة الهالك) إن قيميا ومثله إن مثليا خير الدين س (قوله تحالفا إجماعا) وإن اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا إن ادعى المشترى أنه كان عينا يتحالفان عندهما ، وإن ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشترى أنه كان دينا لايتحالفان ، والقول قول المشترى كفاية (قوله لأن المبيع كل منهما) أى فكان قائما ببقاء المعقود عليه فيرده بحر : أى يرد القائم (قوله كما لو اختلفا) وبهذا علم أن الاختلاف فى جنس الثمن كالاختلاف فى قدره إلا فى مسألة هى ما إذا كان المبيع هالكا بحر (قوله تحالفا) لأنهما لم يتفقا على ثمن فلا بد من التحالف للفسخ (قوله بعد هلاك بعضه) أى هلاكه بعد القبض كما سيذكره قريبا (قوله عند المشترى) قبل نقد الثمن (قوله بعد قبضهما) فلو قبله يتحالفان فى موتهما وموت أحدهما وفى الزيادة لوجود الإنكار من الجانبين كفاية (قوله عند أبى حنيفة) لأن التحالف مشروط بعد القبض بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع فإذا هلك بعضه انعدم الشرط ، والقول للمشترى مع يمينه عنده لإنكاره الزائد غرر الأفكار (قوله أصلا) أى لا يأخذ من ثمن قيمة الهالك شيئا أصلا ويجعل الهالك كأن لم يكن وكان العقد على القائم فحينئذ يتحالفان فى ثمنه وبنكول أيهما لزم دعوى الآخر غرر الأفكار (قوله يتحالفان) أى على ثمن الحى ح (قوله تخريج الجمهور) من صرف الاستثناء إلى التحالف (قوله وصرف مشايخ بلخ الاستثناء الخ) أى المقدر فى الكلام لأن المعنى ولا تحالف بعد هلاك بعضه بل اليمين على المشترى إلا أن يرضى الخ. قال فى غرر الأفكار بعد ماقدمناه وقيل الاستثناء ينصرف إلى حلف المشترى المفهوم من السياق ، يعنى يأخذ من ثمن الهالك قدر ما أقر به المشترى إذ البائع أخذ القائم صلحا عن جميع ما ادعاه على المشترى فلم يبق حاجة إلى تحليف المشترى : وعن أبى حنيفة أنه يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشترى لا الزيادة فيتحالفان ويترادان فى القائم اهـ (قوله إلى يمين المشترى) وحينئذ فالبائع يأخذ الحى صلحا عما يدعيه قبل المشترى من الزيادة زيلعى (قوله بعد إقالة) قيد بالاختلاف (١) بعدها

---

(١) (قوله قيد بالاختلاف إلى آخر القولة) هكذا فى النسخة المجموع منها وليس فى يدى سواها ، وهى عبارة غير ظاهرة المعنى فلعل لفظة كان ساقطة قبل قوله كالاختلاف فى المسلم فيه وليحرر اهـ مصححه .

عقد (السلم) بل القول للعبد والمسلم إليه ولا يعود السلم (وإن اختلفا) أى المتعاقدان (فى مقدار الثمن بعد الإقالة) ولا بينة (تحالفا) وعاد البيع (لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضا ولم يرده المشترى إلى بائعه) بحكم الإقالة (فإن رده إليه بحكم الإقالة) لاتحالف خلافا لمحمد (وإن اختلفا) أى الزوجان (فى) قدر (المهر) أو جانسه (قضى لمن أقام البرهان ، وإن برهنا فللمرأة إذا كان مهر المثل شاهدا للزوج) بأن كان كمقالته أو أقل (وإن كان شاهدا لها) بأن كان كمقالتها أو أكثر (فبينته أولى) لإثباتها خلاف الظاهر (وإن كان غير شاهد لكل منهما) بأن كان بينهما (فالتهاتر) للاستواء (ويجب مهر المثل) على الصحيح (وإن عجزا) عن البرهان (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لتبعية المهر بخلاف البيع (ويبدأ بيمينه) لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه ظهيرية (ويحكم) بالتشديد أى يجعل (مهر مثلها) حكما لسقوط اعتبار التسمية بالتحالف (فيقضى بقوله لو كان كمقالته أو أقل ، وبقولها لو كمقالتها أو أكثر ، وبه لو بينهما) أى بين ما تدعيه ويدعيه (ولو اختلفا) أى المؤجر والمستأجر (فى) بدل (الإجارة) أو فى قدر المدة (قبل الاستيفاء) للمنفعة

لأنهما لو اختلفا فى قدره وتحالفا فالاختلاف فى جنسه ولوعه وصفته كالاختلاف فى المسلم فيه فى الوجوه الأربعة كما قدمناه بحر (قوله عقد السلم) إنما لم يجز التحالف لأن موجب رفع الإقالة دعوى السلم مع أنه دين والساقط لا يعود سائحانى (قوله للعبد والمسلم إليه) أى مع يمينهما بحر (قوله ولا يعود السلم) لأن الإقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع كما سيأتى ، وينبغى أخذا من تعليلهم أنهما لو اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته بعدها فالحكم كذلك ولم أره صريحا بحر : وفيه : وقد علم من تقريرهم هنا أن الإقالة تقبل الإقالة إلا فى إقالة السلم وأن الإبراء لايقبلها ، وقد كتبناه فى الفوائد (قوله لا تحالف) أى والقول للمنكر س (قوله أو جنسه) كقوله هو هذا العبد وقولها هو هذه الجارية فحكم القدر والجنس سواء إلا فى فصل واحد ، وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها كما فى الظهيرية والهداية بحر : وفيه ولم يذكر حكمه بعد الطلاق قبل الدخول ، وحكمه كما فى الظهيرية أن لها نصف ما ادعاه الزوج ، وفى مسألة العبد والجارية لها المتعة إلا أن يتراضيا على أن تأخذ نصف الجارية اه (قوله البرهان) أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعى الألفين ولا إشكال وإنما يرد على قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة كيف تقبل بينته قلنا هو مدع صورة لأنه يدعى على المرأة تسليم نفسها بأداء ما أقر به من المهر وهى تنكر والدعوى كافية لقبول البينة كما فى دعوى المودع رد الوديعة معراج (قوله لإثباتها) علة للمسألتين . قال فى الهامش : اختلفت مع الورثة في مؤخر صداقها على الزوج ولا بينة فالقول قولها بيمينها إلى قدر مهر مثلها حامدية عن البحر (قوله على الصحيح) قيد للتهاتر . قال فى البحر : فالصحيح التهاتر ، ويجب مهر المثل (قوله ولم يفسخ النكاح) لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ منح وبحر (قوله ويبدأ بيمينه) نقل الرملى عن مهر البحر عن غاية البيان أنه يقرع بينهما استحبابا . واختار فى الظهيرية وكثيرون أنه يبدأ بيمينه ، والخلاف فى الأولوية (قوله لأن أول التسليمين) تسليم المهر وتسليم الزوجة نفسها (قوله ويحكم) هذا أعنى التحالف أولا ثم التحكيم قول الكرخى لأن مهر المثل لا اعتبار به مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا تقدم فى الوجوه كلها ، وأما على تخريج الرازى فالتحكيم قبل التحالف ، وقد قدمناه فى المهر مع بيان اختلاف التصحيح وخلاف أبى يوسف بحر (قوله قبل الاستيفاء) لأن التحالف فى البيع قبل القبض على وفق القياس والإجارة قبل الاستيفاء نظيره بحر ، والمراد بالاستيفاء التمكن

(تحالفا) وترادا وبدىء بيمين المستأجر لو اختلفا فى البدل والمؤجر لو فى المدة وإن برهنا فالبينة للمؤجر فى البدل وللمستأجر فى المدة (وبعده لا والقول للمستأجر) لأنه منكر للزيادة (ولو) اختلفا (بعد التمكن من استيفاء البعض) من المنفعة (تحالفا وفسخ العقد فى الباقى والقول فى الماضى للمستأجر) لانعقادها ساعة فساعة فكل جزء كعقد بخلاف البيع (وإن اختلف الزوجان) ولو مملوكين أو مكاتبين أو صغيرين والصغير يجامع أو ذمية مع مسلم قام النكاح أولا فى بيت لهما أو لأحدهما خزانة الأكمل لأن العبرة لليد لا للملك (فى متاع) هو هنا ما كان فى (البيت) ولو ذهبا أو فضة فا (لقول لكل واحد منهما فيما صلح له مع يمينه) إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر فالقول له لتعارض الظاهرين درر وغيرها (والقول له فى الصالح لهما) لأنها وما فى يدها فى يده والقول لذى اليدى بخلاف ما يختص بها لأن ظاهرها أظهر من ظاهره وهو بد الاستعمال (ولو أقاما بينة يقضى ببينتها) لأنها خارجة خانية

منه فى المدة وبعدمه عدمه لما عرف أنه قائم مقامه فى وجوب الأجر بحر (قوله تحالفا) وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما برهن قبل (قوله وبدىء بيمين المستأجر الخ) فإن قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب ؟ أجيب : بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل ، فهو كالأسبق إنكاراً فيبدأ به وإن لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة ، لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة أبو السعود عن العناية (قوله لو فى المدة) وإن كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل ، نحو : أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة بحر (قوله وبعده) أى بعد الاستيفاء (قوله وإن اختلف الزوجان) قيد به للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه وعن اختلاف الأب مع بنته فى جهازها أو مع ابنه فيما فى البيت ، وعن اختلاف إسكاف وعطار فى آلة الأساكفة ، أو العطارين وهى فى أيديهما واختلاف المؤجر والمستأجر فى متاع البيت ، واختلاف الزوجين فيما فى أيديهما من غير متاع البيت وبيان الجميع فى البحر فراجعه وسيأتى بعضه (قوله قام النكاح أولا) بأن طلقها مثلا ، ويستثنى ما إذا مات بعد عدتها كما سيأتى قال الرملى فى حاشية البحر فى لسان الحكام ما يخالف ذلك فارجع إليه ، ولكن الذى هنا هو الذى مشى عليه الشراح (قوله صلح له) الضمير راجع لكل وفى القنية من باب ما يتعلق بتجهيز البنات افترقا وفى بيتها جارية لقلتها مع نفسها ، واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ، ثم ادعاها فالقول له لأن يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اه .

وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لها لا يبطل دعواه فى البدائع ، هذا كله إذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه ، فإن أقرت بذلك سقط قولها لأنها أقرت بالملك لزوجها ، ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة اه وكذا إذا ادعت أنها اشترته منه كما فى الخانية ، ولا يخفى أنه لو برهن على شرائه كان كإقرارها بشرائه ، فلا بد من بينة على الانتقال إليها منه بهبة ونحو ذلك ، ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلا على أنه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام ، وقد أفتيت بذلك مرارا بحر وذكر فى الهامش القول للمرأة مع يمينها فيما تدعيه أنه ملكها مما هو صالح للنساء ، ومما هو صالح للرجال والنساء ، وكذا القول قولها مع يمينها أيضا فيما تدعيه أنه وديعة تحت يدها مما هو صالح للنساء ومما هو صالح للنساء والرجال والله أعلم كذا فى الحامدية عن الشلبى (قوله الظاهرين) أى فرجعنا إلى اعتبار اليد وإلا فالتعارض يقتضى التساقط (قوله درر) عبارة الدرر إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر اه أى إلا أن يكون الرجل صائغا ، وله أساور

والبيت للزوج إلا أن يكون لها بينة بحر : وهذا لوحيين (وإن مات أحدهما واختلف وارثه مع الحى فى المشكل) الصالح لهما (فالقول) فيه (للحى) ولو رقيقا وقال الشافعى ومالك : الكل بينهما وقال ابن أبى ليلى : الكل له وقال الحسن البصرى الكل لها وهى المسبعة وقال فى الخانية تسعة أقوال (ولو أحدهما مملوكا) ولو مأذونا أو مكاتبا وقالا والشافعى هما كالحر (فالقول للحر فى الحياة وللحى فى الموت)

وخواتيم النساء والحلى والخلخال ونحوها فلا يكون لها وكذا إذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال ، أو تاجرة تتجر فى ثياب الرجل أو النساء أو ثياب الرجال وحدها كذا فى شروح الهداية اه . قال فى الشرنبلالية : قوله إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر ليس على ظاهره فى عمومه . ففى قول أحدهما يفعل أو يبيع(١) الآخر ما يصلح له لأن المرأة إذا كانت تبيع ثياب الرجال أو ما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار ، فهو للرجل ، لأن المرأة وما فى يدها للزوج ، والقول فى الدعاوى لصاحب اليد ، بخلاف مايختص بها لأنه عارض يد الزوج أقوى منها ، وهو الاختصاص بالاستعمال كما فى العناية ويعلم مما سيذكره المصنف رحمه الله تعالى اه . وحينئذ فقول الدرر وكذا إذا كانت المرأة دلالة الخ معناه أن القول فيه للزوج أيضا إلا أنه خرج منه ما لو كانت تبيع ثياب النساء بقوله قبله ، فالقول لكل منهما فيما يصلح له ويمكن حمل كلام الشارح على هذا المعنى أيضا بجعل الضمير فى قوله ، فالقول له راجعا إلى الزوج ، ثم قوله لتعارض الظاهرين لا يصلح علة سواء حمل الكلام على ظاهره أو على هذا المعنى . أما الأول فلأنه إذا كان الزوج يبيع يشهد له ظاهران اليد والبيع لا ظاهر واحد فلا تعارض إلا إذا كانت هى تبيع ذلك ، فلا يرجح ملكها لما ذكره الشرنبلالى إلا إذا كان مما يصلح لها على أن التعارض لايقتضى الترجيح؛ بل التهاتر وأما الثانى فلأنه إذا كان الزوج يبيع فلاتعارض كما مر ، وأما إذا كانت تبيع هى فكذلك لما مر أيضا فتنبه :

أقول : وما ذكره في الشرنبلالية عن العناية صرح به فى النهاية لكن فى الكفاية ما يقتضى أن القول للمرأة حيث قال : إلا إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال ، وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلى ، فهو للمرأة أى القول قولها فيها لشهادة الظاهر اه ومثله فى الزيلعى . قال : وكذا إذا كانت المرأة تبيع مايصلح للرجال لا يكون القول قوله فى ذلك اه . فالظاهر أن فى المسألة قولين فليحرر (قوله والبيت للزوج) أى لو اختلفا فى البيت فهو له (قوله لها بينة) أى فيكون البيت لها وكذا لو برهنت على كل ما يصلح لها (قوله لو حيين) بالتثنية (قوله فى المشكل) أنظر ما حكم غيره والظاهر أن حكمه ما مر ثم رأيته فى ط عن الحموى (قوله فالقول فيه للحى) مع يمينه در منتقى إذ لا يد للميت، وذكر فى البحر عن الخزانة استثناء ما إذا كانت المرأة ليلة الزفاف فى بيته ، فالمشكل وما يجهز مثلها به لايستحسن جعله للزوج إلا إذا عرف بتجارة جنس منه ، فهو له وألحق صاحب البحر ما إذا اختلفا فى الحياة ليلة الزفاف قال : وينبغى اعتماده للفتوى إلا أن يوجد نص بخلافه (قوله ولو رقيقا) يستغنى عنه بما يأتى فى المتن ح (قوله ولو أحدهما مملوكا إلى قوله وللحى فى الموت) كذا فى عامة شروح الجامع وذكر الرضى أنه سهو . والصواب أنه للحر مطلقا وذكر فخر الإسلام أن القول له هنا فى الكل لا فى خصوص المشكل كما فى القهستانى سائحانى(قوله تسعة أقوال) الأول مافى الكتاب وهو قول الإمام الثانى قول أبى يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقى للرجل ، يعنى فى المشكل فى الحياة والموت. الثالث: قول ابن أبى ليلى : المتاع كله له ولها ما عليها فقط . والرابع : قول ابن معن وشريك : هو بينهما. الخامس : قول الحسن البصرى :

---

(١) قوله (فى قول أحد يفعل أو يبيع الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها ولا تخلو العبارة عن تأمل فلعلها محرفة فينبغى تحريرها بمراجعة عبارة الشرنبلالية اه مصححه .

لأن يد الحر أقوى ولا يد للميت (أعتقت الأمة) أو المكاتبة والمدبرة (واختارت نفسها فما فى البيت قبل العتق فهو للرجل، وما بعده قبل أن تختار نفسها فهو على ما وصفناه فى الطلاق) بحر وفيه: طلقها ومضت العدة فالمشكل للزوج ولورثته بعده لأنها صارت أجنبية لا يد لها ولما ذكرنا أن المشكل للزوج فى الطلاق فكذا لوارثه: أما لو مات وهى فى العدة فالمشكل لها فكأنه لم يطلقها بدليل إرثها. ولو اختلف المؤجر والمستأجر فى متاع البيت فالقول للمستأجر بيمينه وليس للمؤجر إلا ما عليه من ثياب بدنه، ولو اختلف إسكافى وعطار فى آلات الأساكفة وآلات العطارين، وهى فى أيديهما فهى بينهما بلا نظر لما يصلح لكل منهما وتمامه فى السراج؛ (رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار. وكذا كناس فى منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول) الذى على عنقه (هى لى وادعاها صاحب المنزل فهى لصاحب المنزل: رجلان فى سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها وأحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح فالدقيق للذى يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح) عملا بالظاهر ولو فيها راكب وآخر ممسك وآخر يجذب وآخر يمدها وكلهم يدعونها فهى بين الثلاثة أثلاثا ولا شىء للماد: رجل يقود قطارا بل وآخر راكب إن على الكل متاع الراكب فكلها له والقائد أجيره وإن لا شىء عليها فللراكب ما هو راكبه والباقى للقائد بخلاف البقر والغنم وتمامه فى خزانة الأكمل؛

كله لها وله ما عليه. السادس: قول شريح البيت للمرأة: السابع: قول محمد فى المشكل للزوج فى الطلاق والموت ووافق الإمام فيما لا يشكل. الثامن: قول زفر المشكل بينهما: التاسع: قول مالك: الكل بينهما هكذا حكى الأقوال فى خزانة الأكمل ولا يخفى أن التاسع هو الرابع بحر كذا فى الهامش (قوله لأن يد الحر الخ) لف ونشر مرتب (قوله للميت) بحث فيه صاحب اليعقوبية (قوله فهو على ما وصفناه فى الطلاق) يعنى المشكل للزوج ولها ما صلح لها لأنها وقته حرة كما هو معلوم من السياق واللحاق، ويؤيده قول السراج ولو كان الزوج حرا والمرأة مكاتبة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد وقد أعتقت قبل ذلك ثم اختلفا فى متاع البيت فما أحدثاه قبل العتق فهو للرجل، وما أحدثاه بعده فهما فيه كالحرين سائحانى (قوله فى الطلاق) أى فى مسألة اختلاف الزوجين التى قبل قوله وإن مات أحدهما فإنها تشمل حال قيام النكاح وبعده كما ذكره الشارح اه (قوله ثم اعلم أن هذا(١)) أى جميع ما مر إذا لم يقع التنازع بينهما فى الرق والحرية والنكاح وعدمه فإن وقع إلى آخر ما فى البحر فراجعه (قوله لأنها صارت إلى الخ) يفيد أنهما لو ماتا فكذلك (قوله بلا نظر) فهذا الفرع خالف ما قبله والمسائل الآتية بعده؛

[فرع] رجل تصرف زمانا فى أرض ورجل آخر رأى الأرض والتصرف ولم يدع ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرف لأن الحال شاهد اه حامدية عن الولوالجية (قوله بدرة) البدرة عشرون ألف دينار بحر كذا فى الهامش (قوله قطيفة) دثار مخمل والجمع قطائف وقطف مثل صحائف وصحف لأنها جمع قطيفة وصحيفة، ومنه القطائف التى تؤكل صحاح الجوهرى كذا فى الهامش (قوله وآخر ممسك) الظاهر أنه ممسك الدفة التى هى للسفينة بمنزلة اللجام للدابة (قوله بخلاف البقر والغنم) قال فى المنح: أما لو كان بقرا أو غنما عليها رجلان أحدهما قائد والآخر سائق، فهى للسائق إلا أن يقود شاة معه فتكون له تلك الشاة وحدها كذا فى الهامش؛

---

(١) قوله (ثم اعلم أن هذا) لا وجود لذلك هنا فى نسخ الشارح التى بيدى فليحرر اه مصححه.

فصل فى دفع الدعاوى

لما قدم من يكون خصما ذكر من لايكون (قال ذو اليد هذا الشىء) المدعى به منقولا كان أو عقارا (أودعنيه أو أعارنيه أو آجرليه أو رهنيه زيد الغائب أو غصبته منه) من الغائب (وبرهن عليه) على ما ذكر والعين قائمة لا هالكة وقال الشهود لعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه . وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا فلو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه إلا بوجهه لا يحنث ذكره الزيلعى وفى الشرنبلالية عن خط العلامة المقدسى .

[فرع] رجل دفع إلى قصار أربع قطع كرباس ليغسلها فلما فرغ قال له القصار : ابعث إلى رسولك لأنفذ لك فجاء الرسول بثلاث قطع فقال القصار : بعثت إليك أربع قطع وقال الرسول : دفع إلى ولم يعده على يقال لرب الثوب صدق أيهما شئت ، فإن صدق الرسول برئ من الدعوى وتوجه اليمين على القصار إن حلف برئ وإن نكل وجب عليه الضمان ، وكذلك إن صدق القصار برئ ووجب اليمين على الرسول ووجب عليه أجر القصار إذا حلف القصار على ذلك أو صدقه صاحب الثوب ، لأنه لما حلف القصار ففى زعمه أنه أعطاه أربع قطع فيأخذ ذلك ولوالجية فى الفصل الثانى .

فصل فى دفع الدعاوى

(قوله أودعنيه) ظاهر قوله أودعنيه ومابعده يفيد أنه لابد من دعوى إيداع الكل وليس كذلك لما فى الاختيار أنه لو قال النصف لى والنصف وديعة عندى لفلان وأقام بينة على ذلك اندفعت فى الكل لتعذر التمييز اهـ بحر . وفيه أيضا وأفاد المؤلف أنه لو أجاب بأنها ليست لى أو هى لفلان ، ولم يزد لا يكون دفعا وقيد بكونه اقتصر على الدفع بما ذكر للاحتراز عما إذا زاد وقال كانت دارى بعتها من فلان وقبضها ثم أودعنيها أو ذكر هبة وقبضا لم تندفع إلا أن يقر المدعى بذلك أو يعلمه القاضى (قوله أو رهنيه زيد) أتى بالاسم لعلم ، لأنه لو قال : أودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع ، فلا بد من تعيين الغائب فى الدفع ؛ وكذا فى الشهادات كما سيذكره الشارح فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع بحر ، وفيه عن خزانة الأكمل والخانية ، لو أقر المدعى أن رجلا دفعه إليه أو شهدوا على إقراره بذلك فلا خصومة بينهما ، وفيه وأطلق فى الغائب فشمل ما إذا كان بعيدا معروفا يتعذر الوصول إليه أو قريبا كما فى الخلاصة والبزازية (قوله على ماذكر) لكن لانشترط المطابقة لعين ما ادعاه لما فى خزانة الأكمل لو شهدوا أن فلانا دفعه إليه ، ولا ندرى لمن هو فلا خصومة بينهما ، وأراد بالبرهان وجود حجة سواء كانت بينة أو علم القاضى أو إقرار المدعى كما فى الخلاصة ولو لم يبرهن المدعى عليه وطلب يمين المدعى استحلفه القاضى ، فإن حلف على العلم كان خصما ، وإن نكل فلا خصومة كما فى خزانة الأكمل بحر (قوله أو العين قائمة) أخذ التقييد من الإشارة بقوله هذا الشىء ، لأن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود فى الخارج كما أفاده فى البحر وسيأتى محترزه قال فى الهامش : عبد هلك فى يد رجل ، وأقام رجل البينة أنه عبده وأقام الذى مات فى يده أنه أودعه فلان أو غصبه أو آجره لم يقبل ، وهو خصم فإنه يدعى القيمة عليه وإيداع الدين لا يمكن ثم إذا حضر الغائب وصدقه فى الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى : أما لو كان غاصبا لم يرجع وكذا فى العارية والإباق مثل الهلاك ههنا فإن عاد العبد يوما يكون عبدا لمن استقر عليه الضمان اهـ بحر (قوله لعرفه) أى الغائب (قوله أو بوجهه) فمعرفتهم وجهه فقط كافية عند الإمام بزازية (قوله وشرط محمد) محل الاختلاف فيما إذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب ، فشهدا له بمجهول لكن قالا نعرفه بوجهه وأما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة إجماعا كذا فى شرح أدب القضاء للخصاف (قوله فلو حلف) لايخفى أن التفريع غير

عن البزازية أن تعويل الأئمة على قول محمد اه فليحفظ (دفعت خصومة المدعى) للملك المطلق لأن يد هؤلاء ليست يد خصومة وقال أبو يوسف : إن عرف ذو اليد بالحيل لا تندفع وبه يؤخذ ملتقى واختاره فى المختاروهذه مخمسة كتاب الدعوى ، لأن فيها أقوال خمسة علماء كما بسط فى الدرر أو لأن صورها خمس عينى وغيره .

قلت : وفيه نظر إذ الحكم كذلك لو قال وكلنى صاحبه بحفظه ، أو أسكننى فيها زيد الغائب أو سرقته منه أو انتزعته منه أو ضل منه فوجدته بحر أو هى فى يدى مزارعة بزازية فالصور إحدى عشرة ؛

قلت : لكن ألحق فى البزازية المزارعة بالإجارة أو الوديعة قال فلا يزاد على الخمس

ظاهر ، فكان الأولى أن يقول ولم يكتف محمد بمعرفة الوجه فقط يدل عليه قول الزيلعى والمعرفة بوجهه فقط لا نكون معرفة ،ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل«أتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال لا : فقال إذن لا تعرفه » وكذا لو حلف الخ (قوله عن البزازية) ونقل عنها فى البحر (قوله دفعت خصومة المدعى) أى حكم القاضى بدفعها وأفاد أنه لو أعاد المدعى الدعوى عند قاض آخر لا يحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع بل يثبت حكم القاضى الأول كما صرحوا به . وظاهر قوله دفعت أنه لا يحلف للمدعى أنه لا يلزمه تسليمه إليه ولم أره الآن بحر : وفيه نظر فإنه بعد البرهان كيف يحلف ؛ أما قبله فقد نقل عن البزازية أنه يحلف على البتات لقد أودعها إليه لا على العلم ، ثم نقل عن الذخيرة أنه لايحلف لأنه مدع الإيداع ولو حلف لا تندفع بل يحلف المدعى على عدم العلم (قوله للملك المطلق) ومنه دعوى الوقف دعوى غلته كما حرره فى البحر أول الفصل الآتى قال فى البحر : ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى صورة دعوى المدعى ، وأراد بها أن المدعى ادعى ملكا مطلقا فى العين ولم يدع على ذى اليد فعلا بدليل ما يأتى من المسائل المقابلة لهذه .

وحاصل جواب المدعى عليه أنه ادعى أن يده يد أمانة أو مضمونة والملك للغير ، ولم يذكر برهان المدعى ولا بد منه لما عرف أن الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه إلى الدفع قبله. وحاصله أن المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما فى يد المدعى عليه أنكره فطالب من المدعى البرهان فأقامه ولم يقض القاضى به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع اه (قوله بالحيل) بأن يأخذ مال إنسان غصبا ثم يدفعه سرا إلى مويد سفر ويودعه بشهادة الشهود ، حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه فيه أقام ذو اليد بينة على أن فلانا أودعه فيبطل حقه كذا فى الدرر ح (قوله فى المختار) وفى المعراج رجع إليه أبو يوسف حين ابتلى بالقضاء ، وعرف أحوال الناس فقال المحتال من الناس يأخذ من إنسان غصبا ثم يدفعه سرا إلى من يريد السفر حتى يودعه بشهادة الشهود حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه يقيم ذو اليد بينة على أن فلانا أودعه فيبطل حقه وتندفع عنه الخصومة كذا فى المبسوط (قوله كما بسط فى الدرر) ذكر هنا أقوال أئمتنا الثلاثة الرابعة قول ابن شبرمة : أنها لاتندفع عنه مطلقا والخامس: قول ابن أبى ليلى تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب س (قوله وفيه نظر) فيه نظرلأن وكلنى يرجع إلى أودعنيه وأسكننى إلى أعارنيه وسرقته منه إلى غصبته منه وضل منه فوجدته إلى أودعنيه وهى فى يدى مزارعة إلى الإجارة أو الوديعة فلا يزاد على الخمس كذا فى الهامش (قوله بحر) ذكر فى البحر بعد هذا مانصه ، والأولان راجعان إلى الأمانة والثلاثة الأخيرة إلى الضمان إن لم يشهد فى الأخيرة وإلا فإلى الأمانة فالصور عشر وبه علم أن الصور لم تنحصر فى الخمس اه ولا يخفى أنه بعد رجوع ما زاده إلى ما ذكر لا محل للاعتراض بعدم الانحصار تأمل (قوله أو هى فى يدى) بمقتضى كلامه أن هذه العبارة ليست فى البحر مع أنها والتى بعدها فيه ح (قوله ألحق) بصيغة الماضى (قوله قال) أى فى البزازية (قوله فلا يزاد) أى لا تزاد مسألة المزارعة التى زادها

وقد حررته فى شرح الملتقى (وإن) كان هالكا أو قال الشهود أودعه من لانعرفه أو أقر ذو اليد بيد الخصومة كأن (قال) ذو اليد (اشتريته) أو اتهبته (من الغائب أو) لم يدع الملك المطلق بل ادعى عليه الفعل بأن (قال المدعى غصبته) فى (أو) قال (سرق منى) وبناه للمفعول للستر عليه فكأنه قال سرقته منى بخلاف غصب منى أو غصبه منى فلان الغائب كما سيجيء حيث تندفع وهل تندفع بالمصدر الصحيح لا بزازية (وقال ذو اليد) فى الدفع (أودعنيه فلان وبرهن عليه) لا تندفع فى الكل لما قلنا (قال فى غير مجلس الحكم إنه ملكى ثم قال فى مجلسه إنه وديعة عندى أو رهن (من فلان تندفع مع البرهان على ما ذكر ولو برهن المدعى على مقالته الأولى يجعله خصما ويحكم عليه) لسبق إقرار يمنع الدفع بزازية (وإن قال المدعى اشتريته من فلان) الغائب (وقال ذو اليد أودعنيه فلان

البزازى وقد علمت مما فى البحر أنه لا يزاد البقية أيضا (قوله وقد حررته الخ) حيث عمم قوله غصبته منه بقوله ولو حكما فأدخل فيه قوله أو سرقته منه أو انتزعته منه وكذا عمم قوله أودعنيه بقوله: ولو حكما فأدخل فيه الأربعة الباقية ولا يخفى أنه محرر أحسن مما هنا فإنه هنا أرسل الاعتراض ولم يجب عنه إلا فى مسألة المزارعة فأوهم خروج ما عداها عما ذكروه مع أنه داخل فيه كما علمت فافهم (قوله أو أقر ذو اليد) ولو برهن بعده على الوديعة لم تسمع بزازية (قوله وقال ذو اليد) حاصل هذه أن المدعى ادعى فى العين ملكا مطلقا فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى على الملك فدفعه ذو اليد بأنه اشتراها من فلان الغائب وبرهن عليه لم تندفع عنه الخصومة يعنى فيقضى القاضى ببرهان المدعى ، لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما بحر. وفيه عن الزيلعى وإذا لم تندفع هذه المسألة وأقام الخارج البينة فقضى له ثم أحال المقر له الغائب وبرهن تقبل بينته لأن الغائب لم يصر مقضيا عليه وإنما قضى على ذى اليد خاصة (قوله اشتريته) ولو فاسدا مع القبض بحر (قوله أو اتهبته) أشار به إلى أن المراد من الشراء الملك مطلقا (قوله بل ادعى عليه) أى على ذى اليد الفعل وقيد به للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكر وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما فى البزازية بحر: وأشار الشارح إلى هذا أيضا بقوله بخلاف قوله غصب منى الخ لكن قوله: وبرهن ينافيه ما سننقله عن نور العين عند قول المتن اندفعت من أنه لا يحتاج إلى البينة وكذا مسألة الشراء التى ذكرها المصنف وهى مسألة المتون (قوله أو قال سرق منى) ذكر الغصب تمثيل والمراد دعوى فعل عليه ، فلو قال المدعى أودعتك إياه أو اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة لا يندفع كذا فى البزازية بحر ، فكان الأولى أن يقول كأن قال (قوله وبناه) ويعلم حكم ما إذا بناه للفاعل بالأولى بحر (قوله الصحيح لا) أقول هذا المذكور فى الغصب فما الحكم فى السرقة ويجب أن لا تندفع بالأولى كما فى بنائه للمفعول وهو ظاهر تأمل رملى على المنح (قوله بزازية) قال ادعى أنه ملكه وفى يده غصب فبرهن ذو اليد على الإيداع قيل تندفع لعدم دعوى الفعل عليه والصحيح أنها لا تندفع بحر س (قوله وبرهن عليه) أراد بالبرهان إقامة البينة ، فخرج الإقرار لما فى البزازية معزيا إلى الذخيرة من صار خصما لدعوى الفعل عليه إن برهن على إقرار المدعى بإيداع الغائب منه تندفع كإقامته على الإيداع لثبوت إقرار المدعى أن يده ليست يد خصومة اه بحر (قوله لما قلنا) من أن المدعى ادعى الفعل عليه ، أما فى مسألتى المتن فأشار إلى علة الأولى بقوله : أو أقر ذو اليد بيد الخصومة وإلى علة الثانية بقوله : ادعى عليه الفعل أى فإنه صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق ، لأنه خصم فيه باعتبار يده كما فى البحر : وأما علة ما إذا كان هالكا فلم يشر إليها وهى أنه يدعى الدين ومحله الذمة ، فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته ، وبالبينة أنه كان فى يده وديعة لا يتبين أن ما فى ذمته لغيره فلا تنفع كما فى المعراج . وكذا علة ما إذا قال الشهود أودعه من لانعرفه وهى أنهم ما أحالوا المدعى على رجل تمكن مخاصمته كذا قيل (قوله فى مجلسه)

ذلك) أى بنفسه فلو بوكيله لم تندفع بلا بينة (دفعت الخصومة وإنلم يبرهن) لتوافقهما أن أصل الملك للغائب إلاإذا قال اشتريته ووكلنى بقبضه وبرهن ولو صدقه فى الشراء لم يؤمر بالتسليم لئلا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهى عجيبة ثم اقتصار الدرر وغيرها على دعوى الشراء قيد اتفاقى فلذا قال : (ولو ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده اندفعت) لتوافقهما أن اليد لذلك الرجل (ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى سرقة لا) تندفع بزعم ذى اليد إيداع ذلك الغائب استحسانا بزازية وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى لو اتفقا على الملك لزيد وكل يدعى الإجارة منه لم يكن الثانى خصما للأول على الصحيح ولا لمدعى رهن أو شراء أما المشترى فخصم للكل :

[فروع] قال المدعى عليه لى دفع يمهل إلى المجلس الثانى صغرى :

للمدعى تحليف المدعى الإيداع على البتات درر وله تحليف المدعى على العلم وتمامه فى البزازية .

أى مجلس الحكم (قوله لسبق إقرار) بإضافة سبق إلى إقرار والدفع مفعول يمنع (قوله ذلك) أى المذكور فى كلام المدعى ح (قوله أى بنفسه) تقييد لقوله أودعنيه لا تفسير لقوله ذلك خ وقال فى الهامش بنفسه : أى بنفس فلان الغائب (قوله بلا بينة) لأن الوكالة لا تثبت بقوله معراج ، ولأنه لم يثبت تلقى اليد ممن اشترى هو منه لإنكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لإنكار المشترى بحر (قوله وإن لم يبرهن) وفى البناية ولو طلب المدعى يمينه على الإيداع يحلف على البتات اهـ بحر (قوله إلا إذا قال) أى المدعى (قوله اشتريته) أى من الغائب كذا فى الهامش (قوله وهى عجيبة) لم يظهر وجه العجب (قوله ولو ادعى الخ) المسألة تقدمت متنا قبيل باب عزل الوكيل معللة بأنه إقرار على الغير :

قلت : وكذا لو ادعى أنه أعاره لفلان كما يظهر من العلة قال فى الهامش الخصم فى إثبات النسب خمسة الوارث والوصى والموصى له والغريم للميت أوعلى الميت بزازية وكذلك فى الإرث جامع الفصولين اهـ (قوله اندفعت) أى بلا بينة نور العين (قوله دعوى سرقة لا) وهذا بخلاف قوله إنه ثوبى سرقه منى زيد وقال ذو اليد : أودعنيه زيد ذلك لا تندفع الخصومة استحسانا ، يقول الحقير لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة كما ذكر فى كتب الفقه ، فاليد للغاصب فى مسألة الغصب بخلاف مسألة السرقة إذ اليد فيها لذى اليد إذ لا يد للسارق شرعا ، ثم إن فى عبارة لا يد للسارق نكتة لا يخفى حسنها على ذوى النهى نور العين . وهذا أولى وما قاله السائحانى يجب حمله على ما إذا قال سرق منى أما لو قال سرقه الغائب منى فإنها تندفع لتوافقهما أن اليد للغائب وصار من قبيل دعوى الفعل على غير ذى اليد : وهى تندفع كما فى البحر لكن ذكر بعده هذه المسألة وأفاد أنها بنيت للفاعل وصرح بذلك فى الفصولين فلعل فى المسألة قولين قياسا واستحسانا اهـ (قوله لا تندفع) قال صاحب البحر : وقد سئلت بعد تأليف هذا المحل بيوم : عن رجل أخذ متاع أخته من بيتها ورهنه وغاب فادعت الأخت به على ذى اليد فأجاب بالرهن . فأجبت : إن ادعت المرأة غصب أخيها وبرهن ذو اليد على الرهن اندفعت وإن ادعت السرقة لا اهـ أى لا تندفع وظاهره أنها ادعت سرقة أخيها مع أنا قدمنا عنه أن تقييد دعوى الفعل على ذى اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فإنه لو دفعه ذو اليد لواحد مما ذكر وبرهن تندفع ، فيجب أن يحمل على أنها ادعت أنه سرق منها مبنيا للمجهول ليكون الدعوى على ذى اليد لكن ينافيه قولها إن أخاها أخذه من بيتها تأمل (قوله يمهل إلى المجلس الثانى) أى بعد أن سأله عنه وعلم أنه دفع صحيح كما قدمناه قبل التحكيم (قوله للمدعى تحليف الخ) خلافا لما فى الذخيرة لأنه يدعى الإيداع ولا حلف على المدعى ح كذا فى الهامش :

وكل بنقل أمته فبرهنت أنه أعتقها قبل للدفع لا للعتق ما لم يحضر المولى ابن ملك .

باب دعوى الرجلين

(تقدم حجة خارج فى ملك مطلق) أى لم يذكر له سبب كما مر (على حجة ذى اليد وإن وقت أحدهما فقط) وقال أبو يوسف : ذو الوقت أحق وثمرته فيما لو (قال) فى دعواه (هذا العبد لى غاب عنى منذ شهر وقال ذواليد لى منذ سنة قضى للمدعى) لأن ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين فقضى ببينة الخارج

[فروع] ادعى نكاح امرأة لها زوج يشترط حضرة الزوج الظاهر جامع الفصولين .

السباهى لا ينتصب خصما لمدعى الأرض ملكا أو وقفا خيرية من الدعوى :

الأصل سقوط دعوى الملك المطلق دون المقيد بسبب در منتقى :

المشترى ليس بخصم للمستأجر والمرتهن جامع الفصولين فى الفصل الثالث .

باب دعوى الرجلين

لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث ، وإلا فجميع الدعاوى لا تكون إلا بين اثنين ، وحينئذ لا تكون هذه المسألة من مسائل هذا الكتاب فلذلك ذكره صاحب الهداية والكنز فى أوائل كتاب الدعوى .

قلت : ولعل صاحب الدرر إنما أخرها إلى هذا المقام مقتفيا فى ذلك أثر صاحب الوقاية لتحقق مناسبة بينها وبين مسائل هذا الباب بحيث تكون فاتحة لمسائله وإن لم تكن منه عزمى (قوله حجة خارج) الخارج وذو اليد لو ادعيا إرثا من واحد فذو اليد أولى كما فى الشراء ، هذا إذا ادعى الخارج وذو اليد تلقى الملك من جهة واحد فلو ادعياه من جهة اثنين يحكم للخارج ، إلا إذا ثبت تاريخ ذى اليد بخلاف ما لو ادعياه من واحد فإنه ثمة يقضى لذى اليد إلا إذا سبق تاريخ الخارج والفرق فى الهداية ولو كان تاريخ أحدهما أسبق ، فهو أولى كما لو حضر البائعان وبرهنا وأرخا وأحدهما أسبق تاريخا والمبيع فى يد أحدهما يحكم للأسبق : اهـ فصولين من الثامن وتمامه فيه (قوله وفى ملك مطلق) لأن الخارج هو المدعى والبينة بينة المدعى بالحديث قيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج ، وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن فى هذه الصورة تقبل بينة ذى اليد بالإجماع كما سيأتى درر .

[فرع] فى الهامش : إذا برهن الخارج وذو اليد على نسب صغير قدم ذو اليد إلا فى مسألتين فى الخزانة الأولى لو برهن الخارج على أنه ابنه من امرأته وهما حران ، وأقام ذو اليد بينة أنه ابنه ولم ينسبه إلى أمه فهو للخارج الثانية لو كان ذو اليد ذميا والخارج مسلما ، فبرهن الذمى بشهود من الكفار وبرهن الخارج قدم الخارج سواء برهن بمسلمين أو بكفار ولو برهن الكافر بمسلمين قدم على المسلم مطلقا أشباه قبيل الوكالة اهـ (قوله فقط) قيد بقوله فقط لأنه لو وقتا يعتبر السابق ، كما يأتى متنا فالمراد سواء لم يوقتا أو وقت أحدهما وحده ، ولو استوى تاريخهما فالخارج أولى فالأعم قول الغرر حجة الخارج فى الملك المطلق أولى إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق سائحانى (قوله قال فى دعواه هذا العبد الخ) تقدمت المسألة متنا قبيل السلم (قوله تاريخ غيبة) لأن قوله منذ شهر متعلق بغاب فهو قيد للغيبة ، وقوله منذ سنة متعلق بما تعلق به قوله لى : أى ملك لى منذ سنة فهو قيد للملك وتاريخ له

وقال أبو يوسف : يقضى للمؤرخ ولو حالة الانفراد : وينبغى أن يفتى بقوله لأنه أوفق وأظهر كذا فى جامع الفصولين وأقره المصنف (ولو برهن خارجان على شيء قضى به لهما فإن برهنا فى) دعوى (نكاح سقطا) لتعذر الجمع لو حية ولو ميتة قضى به بينهما وعلى كل نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد ولو ولدت يثبت النسب منهما وتمامه فى الخلاصة (وهى لمن صدقته إذا لم تكن فى يد من كذبته ولم يكن دخل) من كذبته (بها) هذا إذا لم يؤرخا (فإن أرخا فالسابق أحق بها) فلو أرخ أحدهما فهى لمن صدقته

والمعتبر تاريخ الملك ولم يوجد من الطرفين (قوله وقال أبو يوسف) ضعيف (قوله ولو حالة الانفراد) ينبغى إسقاطها لأن الكلام فى حالة الانفراد (قوله كذا فى جامع الفصولين) ذكر هذا فى الفصل السادس عشر حيث قال : استحق حمار فطلب ثمنه من بائعه فقال البائع للمستحق من كم مدة غاب عنك هذا الحمار فقال منذ سنة ، فبرهن البائع أنه ملكه منذ عشر سنين قضى به للمستحق ، لأنه أرخ غيبته لا الملك والبائع أرخ الملك ، ودعواه دعوى المشترى لتلقيه من جهته فصار كأن المشترى ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين غير أن التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد عند أبى حنيفة فيبقى دعوى الملك المطلق ، فحكم للمستحق :

أقول : يقضى بها للمؤرخ عند أبى يوسف لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد اه ملخصا وقد قدمه فى الثامن وقال لكن الصحيح والمشهور من مذهبه يعنى أبا حنيفة أنه أى تاريخ ذى اليد وحده غير معتبر تنبه ذكره خير الدين الرملى فى حاشية المنح (قوله ولو برهن خارجان) يعنى إذا ادعى اثنان عينا فى يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ، ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية وأطلقه فشمل ما إذا ادعيا الوقف فى يد ثالث فيقضى لكل وقف النصف(١) وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف وتمام بيانه فى البحر وفيه بيان أن الغلة مثله وقيد بالبرهان منهما إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضى له بالكل ، فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لأن المقضى له صار ذا يد بالقضاء فتقدم بينة الخارج الآخر عليه بحر وتمامه فيه (قوله ولو ميتة) أى ولم يؤرخا أو استوى تاريخهما كما هو فى عبارة البحر عن الخلاصة (قوله ولو ولدت) أى الميتة قبل الموت وظاهر العبارة أنها ولدت بعده : ولكن ينظر هل يقال له ولادة (قوله وتمامه فى الخلاصة) هو أنه يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد ح (قوله هى لمن صدقته) يشمل ما إذا سمعه القاضى أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له بحر عن الخلاصة (قوله إذا لم تكن الخ) أما إن كانت فى يد من كذبته أو دخل بها فهو أولى ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون أولى لأن الصريح يفوق الدلالة زيلعى. بقى لو دخل بها أحدهما وهى فى بيت الآخر ففى البحر عن الظهيرية أن صاحب البيت أولى (قوله هذا إذا لم يؤرخا) وكذا إذا أرخا واستويا (قوله فإن أرخا) أى الخارجان مطلقا (قوله فالسابق أحق) أى وإن صدقت الآخر أو كان ذا يد ودخل بها :

والحاصل كما فى الزيلعى : أنهما إذا تنازعا فى امرأة وبرهنا فإن أرخا وتاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وإن لم يؤرخا أو استويا فإن مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى وإن لم يوجد شيء يرجع إلى تصديق المرأة اه (قوله فالسابق أحق بها) أى ولا يعتبر ما ذكره من كونها فى يده أو دخل بها مع التاريخ لكونه صريحا ، وهو يفوق الدلالة منح (قوله فلو أرخ أحدهما) أى وصدقت الآخر أو كان ذا يد

---

(١) قوله (فيقضى لكل وقف النصف) هكذا فى النسخة المجموع منها ولعله : فيقضى لكل بنصف الوقف وليحرر اه مصححه .

أو لذى اليد بزازية .

قلت : وعلى ما مر عن الثانى ينبغى اعتبار تاريخ أحدهما ، ولم أر من نبه على هذا فتأمل (وإن أقرت لمن لا حجة له فهى له وإن برهن الآخر قضى له ولو برهن أحدهما وقضى له ثم برهن الآخر لم يقض له إلا إذا ثبت سبقه) لأن البرهان مع التاريخ أقوى منه بدونه (كما لم يقض ببرهان خارج على ذى يد ظهر نكاحه إلا إذا ثبت سبقه) أى أن نكاحه أسبق (وإن) ذكرا سبب الملك بأن (برهنا على شراء شىء من ذى يد ، فلكل نصفه بنصف الثمن) إن شاء (أو تركه) إنما خير لتفريق الصفقة عليه (وإن ترك أحدهما بعد ماقضى لهما لم يأخذ الآخر كله) لانفساخه بالقضاء فلو قبله فله (وهو) أى ما ادعيا شراءه (للسابق) تاريخا (إن أرخا) فيرد البائع ماقبضه من الآخر إليه سراج (و) هو (لذى يد إن لم يؤرخا أو أرخ أحدهما) واستوى تاريخهما (و) هو لذى وقت إن وقت أحدهما

فإن لم يوجدا قدم المؤرخ ، فالتصديق أو اليد أقوى من التاريخ ، وعلم مما مر أن اليد أرجح من التصديق ومن الدخول :

فالحاصل كما فى البحر أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الإقرار ثم تاريخ أحدهما (قوله أو لذى اليد) أى لو أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذى اليد (قوله وعلى ما مر عن الثانى) أى من أنه يقضى للمؤرخ حالة الانفراد على ذى اليد فيقضى هنا للمؤرخ ، وإن كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند أبى يوسف ، وقدمنا عن الزيلعى أنه لو برهن أنه تزوجها قبله فهو أولى وسيأتى متنا (قوله وإن أقرت لمن لا حجة له فهى له) قال السائحانى كان عليه أن يقول فإن لم تقم حجة فهى لمن أقرت له ثم إن برهن الآخر قضى له الخ (قوله من ذى يد) أما لو ادعيا الشراء من غير ذى اليد فسيأتى متنا فى قوله وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ الخ (قوله بنصف الثمن) أى الذى عينه فإن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين والآخر بمائة (قوله ما قبضه) أى الثمن (قوله وهو لذى يد) أى المدعى بالفتح قال فى البحر : ولى إشكال فى عبارة الكتاب هو أن أصل المسألة مفروض فى خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث ، فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة . ثم رأيت فى المعراج مايزيله من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن فى يد البائع اه إلا أنه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة اه والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغى إفرادها .

وحاصلها أن خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذو اليد فى الوجوه الثلاثة والخارج فى وجه واحد اه وقد أشار المصنف إلى ذلك حيث ذكر قوله ولذى وقت ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله ولذى يد لأنه من تتمة المسألة الأولى ويكون قوله ولذى استئناف مسألة أخرى .

[فرع] سئل فى شاب أمرد كره خدمة من هو فى خدمته لمعنى هو أعلم بشأنه وحقيقته فخرج من عنده فاتهمه أنه عمد إلى بيته وكسره فى حال غيبته وأخذ منه كذا لمبلغ سماه وقامت أمارة عليه بأن غرضه منه استبقاؤه واستقراره فى يده على ما يتواخاه هل يسمع القاضى والحالة هذه عليه دعواه ويقبل شهادة من هو متقيد بخدمته وأكله وشربه من طعامه ومرقته والحال أنه معروف بحب الغلمان الجواب ولكم فسيح الجنان؟ الجواب : قد سبق لشيخ الإسلام أبى السعود العمادى رحمه الله تعالى فى مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضى سماع مثل هذه الدعوى معللا بأن مثل هذه الحيلة معهود فيما بين الفجرة ، واختلافاتهم فيما بين الناس مشتهرة ومن لفظه رحمه الله تعالى

(فقط و) الحال أنه (لايدلها) وإن لم يوقتا فقد مر أن لكل نصفه بنصف الثمن (والشراء أحق من هبة وصدقة) ورهن ولو مع قبض وهذا (إن لم يؤرخا فلو أرخا واتحد المملك فالأسبق أحق) لقوته (ولو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى) ولواختلف المملك استويا وهذا فيما لا يقسم اتفاقا واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار والأصح أن الكل لمدعى الشراء لأن الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن لا الطارئ هبة الدرر (والشراء والمهر سواء) فينصف وترجع هي بنصف القيمة

فيها لا بد للحكام أن لا يصغوا إلى مثل هذه الدعاوى بل يعزر والمدعى ويحجزوه عن التعرض لمثل ذلك الغمر المنخدع ، وبمثله أفتى صاحب تنوير الأبصار لانتشار ذلك غالب القرى والأمصار . ويؤيد ذلك فروع ذكرت فى باب الدعوى تتعلق باختلاف حال المدعى وحال المدعى عليه ، ويزيد ذلك بعد شهادة من بعشائه يتعشى وبغدائه يتغدى فلا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم إنا لله وإنا إليه راجعون ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن والله تعالى أعلم فتاوى خيرية. وعبارة المصنف فى فتاواه بعد ذكر فتوى أبى السعود وأنا أقول : إن كان الرجل معروفا بالفسق وحب الغلمان والتحيل لا تسمع دعواه ، ولا يلتفت القاضى لها وإن كان معروفا بالصلاح والفلاح فله سماعها والله تعالى أعلم (قوله فقط) أقول: التاريخ فى الملك المطلق لا عبرة به من طرف واحد ، بخلافه فى الملك بسبب كما هو معروف قاله شيخ والدى مدنى (قوله والشراء أحق من هبة) أى لو برهن خارجان على ذى يد أحدهما على الشراء منه ، والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى ، لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض ، فلو أحدهما ذا يد والمسألة بحالها يقضى للخارج أو للأسبق تاريخا وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح ، ولو كل منهما ذا يد فهو لهما أو للأسبق تاريخا كدعوى ملك مطلق وأطلق فى الهبة وهى مقيدة بالتسليم ، وبأن لا تكون بعوض وإلا كانت بيعا وأشار إلى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين للاستواء فى التبرع ، ولا ترجيح للصدقة باللزوم ، لأنه يظهر فى ثانى الحال ؛ وهو عدم التمكن من الرجوع فى المستقبل والهبة قد تكون لازمة كهبة محرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغنى اه ملخصا من البحر وفيه ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض ، فإن الملك فى كل متوقف على القبض وينبغى تقديم الشراء للمعاوضة ورده المقدسى بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة (قوله ولو أرخت إحداهما) أى إحدى البينتين (قوله ولو اختلف المملك استويا) لأن كلا منهما خصم عن مملكه فى إثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب وفيه يقدم الأقوى. وفى البحر لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضى بينهم أرباعا لأنهم يتلقون الملك من مملكهم ، فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق اه (قوله وهذا) أى استواؤهما فيما لو اختلف المملك وكذا لو كانت العين فى أيديهما ولم يسبق تاريخ أحدهما فإنهما يستويان كما قدمناه (قوله فيما لا يقسم) كالعبد والدابة (قوله لأن الاستحقاق الخ) جواب عما قاله فى العمادية من أن الصحيح أنهما سواء لأن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن اه وأقره فى البحر وصدر الشريعة :

قال المصنف نقلا عن الدرر: عده صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارئ غير صحيح والصحيح ما فى الكافى والفصولين فإن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا عليها اه أى وحيث كان من قبيل المقارن ، وهو يبطل الهبة إجماعا ينفرد مدعى للشراء بالبرهان فيكون أولى (قوله لا الطارئ) لأن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة بخلاف المقارن (قوله وترجع هى) أى على الزوج

وهو بنصف الثمن أو يفسخ لما مر (هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما فإن سبق تاريخ أحدهما كان أحق) قيد بالشراء لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة عمادية . و المراد من النكاح : المهر كما حرره فى البحر مغلطا للجامع . نعم يستوى النكاح والشراء لو تنازعا فى الأمة من رجل واحد ولا مرجح فتكون ملكا له منكوحة للآخر فتدبر (ورهن مع قبض أحق من هبة بلا عوض معه) استحسانا ولو به فهى أحق لأنها بيع انتهاء والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن ولو العين معهما استويا ما لم يؤرخا وأحدهما أسبق (وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ أو شراء مؤرخ من واحد) غير ذى يد (أو) برهن (خارج على ملك مؤرخ وذو يد على ملك مؤرخ أقدم فالسابق أحق وإن برهنا على شراء متفق تاريخهما) أو مختلف عينى (وكل يدعى الشراء

(قوله وهو بنصف الثمن) كالرجوع ببعض (قوله لما مر) أى من تفريق الصفقة (قوله فإن سبق تاريخ أحدهما) لكن يشترط فى الشهادة أنه اشترى من فلان وهو يملكها كما فى دعوى الحامدية عن البحر معزيا لخزانة الأكمل كذا فى الهامش (قوله مغلطا للجامع) أى جامع الفصولين فى قوله : لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبينتين لو استويا بأن تكون منكوحة ، هذا وهبة الآخر بأن يهبه أمته المنكوحة فينبغى أن لا تبطل بينة الهبة حذرا من تكذيب المؤمن ، وحملا له على الصلاح وكذا الصدقة مع النكاح وكذا الرهن مع النكاح اه قال مولانا فى بحره : وقد كتبت فى حاشيته أنه وهم لأنه فهم أن المراد أنهما تنازعا فى أمة أحدهما ادعى أنها ملكه بالهبة والآخر أنه تزوجها وليس مرادهم ذلك ، وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به فى الكتاب وتمامه فى المنح (قوله نعم الخ) ذكر هذا فى الجامع بحثا كما علمت وقال فى البحر : ولم أره صريحا (قوله معه) الضمير راجع للقبض (قوله أقوى من الرهن) هذا إذا كانت فى يد ثالث س (قوله استويا) بحث فيه العمادى بأن الشيوع الطارئ يفسد الرهن ، فينبغى أن يقضى بالكل لمدعى الشراء ، لأن مدعى الرهن أثبت رهنا فاسدا فلا تقبل بينته فصار كأن مدعى الشراء انفرد بإقامة البينة وتمامه فى البحر :

قلت : وعلى ما مر من أن الاستحقاق من الشيوع المقارن ينبغى أن يقضى لمدعى الشراء بالأولى ، فالحكم بالاستواء على كل من القولين مشكل فليتأمل (قوله غير ذى يد) قيد به لأن دعواهما الشراء من صاحب اليد قد مر فى صدر الباب س (قوله على ملك مؤرخ) قيد بالملك لأنه لو أقامها على أنها فى يده منذ سنتين ، ولم يشهدوا أنها له قضى بها للمدعى ، لأنها شهدت باليد لا بالملك بحر (قوله فالسابق أحق) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه منح ، وقيد بالتاريخ منهما لأنه إذا لم يؤرخا أو استويا فهى بينهما فى المسألتين الأوليين ، وإن سبقت إحداهما فالسابقة أولى فيهما ، وإن أرخت إحداهما فقط فهى الأحق فى الثانية لا الأولى ، وأما فى الثانية فالخارج أولى فى الصور الثلاث وتمامه فى البحر (قوله متفق) صوابه النصب على الحال من فاعل برهنا ح (قوله أو مختلف) أى تاريخهما باقانى ، وإن ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر فأقام أحدهما بينة بأنه اشتراه من فلان ، وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراه من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضى يقضى به بينهما وإن وقتا فصاحب الوقت الأول أولى فى ظاهر الرواية . وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ وإن أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا فإن كان لأحدهما قبض فالآخر أولى ، وإن كان البائعان ادعيا ولأحدهما يد فإنه يقضى للخارج منهما قاضيخان كذا فى الهامش (قوله عينى) ومثله فى الزيلعى تبعا للكافى ، وادعى فى البحر أنه سهو وأنه يقدم الأسبق كما فى دعوى الشراء من شخص واحد ، فإنه يقدم الأسبق تاريخا : ورده الرملى بأنه هو الساهى فإن فى المسألة اختلاف الرواية ، ففى جامع الفصولين لو برهنا على الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلفت الروايات فى الكتب ، فما ذكر فى الهداية يشير

من) رجل (آخر أو وقت أحدهما فقط استويا) إن تعددالبائع وإن اتحد فذو الوقت أحق ثم لابد من ذكر المدعى وشهوده مايفيد ملك بائعه إن لم يكن المبيع فى يد البائع ولو شهد بيده فقولان بزازية (فإن برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه ، أو برهنا على سبب ملك لايتكرر كالنتاج) وما فى معناه كنسج لا يعاد وغزل قطن (وحلب لبن وجز صوف) ونحوها ولو عند بائعه درر (فذو اليد أحق) من الخارج إجماعا إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلاً كغصب أو وديعة أو إجارة ونحوها فى رواية درر أوكان سببا يتكرر كبناء وغرس

إلى أنه لاعبرة لسبق التاريخ ، وفى المبسوط ما يدل على أن الأسبق أولى ، ثم رجح صاحب جامع الفصولين الأول اهـ ملخصا :

قلت : وفى نور العين عن قاضيخان ادعيا شراء من اثنين يقضى به بينهما نصفين ، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو أحق فى ظاهر الرواية وعن محمد لا يعتبر التاريخ يعني بينهما ، وإن أرخ أحدهما فقط يقضى به بينهما نصفين وفاقا فلو لأحدهما يد فالخارج أولى . ثم قال فى نور العين : فما فى المبسوط يؤيده مافى قاضيخان أنه ظاهر الرواية وما فى الهداية اختيار قول محمد ، ثم قال ودليل ما فى المبسوط وقاضيخان وهو أن الأسبق تاريخا يضيف الملك إلى نفسه فى زمان لا ينازعه غيره أقوى من دليل ما فى الهداية ، وهو أنهما يثبتان الملك لبائعها فكأنهما حضرا وادعيا الملك بلا تاريخ وجه قوة الأول غير خاف على من تأمل اهـ وكذا بحث فى دليل ما فى الهداية فى الحواشى السعدية فراجعها . وبه علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبنى على ظاهر الرواية فهو أولى مما فعله الشارح وإن وافق الكافى والهداية ، وأما الحكم عليه بالسهو كما فى البحر فمما لا ينبغى (قوله من رجل آخر) أى غير الذى يدعى الشراء منه صاحبه زيلعى (قوله استويا) لأنهما فى الأولى يثبتان الملك لبائعهما ، فكأنهما حضرا ولو وقت أحدهما فتوقيته لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره بحر . ثم قال : وإذا استويا فى مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك اهـ (قوله ملك بائعه) بأن يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها بحر (قوله أو برهنا) أى الخارج وذو اليد وفى البحر أطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أو لم يؤرخا أصلا أوأرخت إحداهما فلا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى وقت ذى اليد ، ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج ، ولو خالف سنة الوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ ، ويترك فى يد ذى اليد على ما كان كذا فى رواية وهو بينهما نصفين فى رواية كذا فى جامع الفصولين وفيه برهن الخارج أن هذه أمته وولدت هذا القن فى ملكى وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعى ، لأنهما ادعيا فى الأمة ملكا مطلقا فيقضى بها للمدعى ، ثم يستحق القن تبعا اهـ وبهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم فى دعوى النتاج على الخارج إذا لم يتنازعا فى الأم ، أما لو تنازعا فى ملك مطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فإنه لا يقدم وهذه يجب حفظها اهـ (قوله كالنتاج) هو ولادة الحيوان من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما فى المغرب والمراد ولادته فى ملكه أو فى ملك بائعه أو مورثه وبيانه فى البحر (قوله فعلا) أى وإن لم يدع الخارج النتاج تأمل (قوله فى رواية) الأولى أن يقول فى قول كما فى الشرنبلالية (قوله درر) اقتصر عليها الزيلعى وصاحب البحر وشراح الهداية : ويؤيده ما كتبناه فيما يأتى تحت قول المصنف ، فلو لم يؤرخا قضى بها لذى اليد ، قال الزيلعى بعد تعليل تقديم ذى اليد فى دعوى النتاج ، بأن اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها ، فبإثباتها يندفع الخارج وبينة ذى اليد مقبولة للدفع ، ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذى اليد

ولسج خز وزرع برّ ونحوه أو أشكل على أهل الخبرة فهو للخارج لأنه الأصل وإنما عدلنا عنه بحديث النتاج (وإن برهن كل) من الخارجين أو ذوى الأيدى أو الخارج وذى اليد عينى (على الشراء من الآخر بلا وقت سقطا وترك المال) المدعى به (فى يد من معه) وقال محمد: يقضى للخارج.

قلنا: الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له ولو أثبتا قبضا تهاترتا اتفاقا درر (ولا يرجح بزيادة عدد الشهود) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته، ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) فى ذلك (وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة) لأن المعتبر أصل العدالة إذ لا حد للأعدلية:

(دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأول ربعها والباقى للآخر بطريق المنازعة) وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف (وقالا الثلث له والباقى للثانى بطريق العول) لأن فى المسألة كلا ونصفا فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة:

واعلم أن أنواع القسمة أربعة:

ما يقسم بطريق العول إجماعا وهو ثمان ميراث وديون ووصية

حيث تكون بينته أرجح، وإن ادعى ذو اليد النتاج لأنه فى هذه أكثر إثباتا لإثباتها ما هو غير ثابت أصلا اه ملخصا. ويستثنى أيضا ما إذا تنازعا فى الأم كما مر وما إذا ادعى الخارج إعتاقا مع النتاج وبيانه فى البحر (قوله ونسج خز) قال فى الكفاية: الخز اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا، قيل هو نسج فإذا بلى يغزل مرة ثانية ثم ينسج اه عزمى كذا فى الهامش (قوله بحديث النتاج) هو ما روى جابر بن عبد الله رضى الله عنه «أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل، وأقام البينة أنها ناقته نتجت عنده وأقام الذى هى فى يده البينة أنها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده» وهذا حديث صحيح مشهور فصارت مسألة النتاج مخصوصة بحر (قوله من الآخر) أى من خصمه الآخر (قوله بلا وقت) فلو وقتا يقضى لذى الوقت الآخر بحر (قوله وقال محمد يقضى للخارج) لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع، وتمامه فى البحر (قوله بالملك له) فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع كذا هنا. (قوله تهاترتا) لأن الجمع غير ممكن بحر، وهذا فى غير العقار وبيانه فى البحر أيضا (قوله فهما سواء فى ذلك) قال شيخ مشايخنا: ينبغى أن يقيد ذلك بما إذا لم يصل إلى حد التواتر فإنه حينئذ يفيد العلم فلا ينبغى أن يجعل كالجانب الآخر اه:

أقول: ظاهر ما فى الشمنى والزيلعى يفيد ذلك حيث قال: ولنا أن شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوتها، بأن يكون أحدهما متواترا والآخر آحادا أو يكون أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيترجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد اه بيرى (قوله بطريق المنازعة) اعلم أن أبا حنيفة رحمه الله اعتبر فى هذه المسألة طريق المنازعة وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة فيبقى النصف الآخر وفيه منازعتهما على السواء فيتنصف فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع، وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة، وإنما سمى بهذا لأن فى المسألة كلا ونصفا، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول وأما المضاربة فإن كل واحد يضرب بقدر حقه فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة، فيضرب للثلثان فى الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث فى الدار فحصل ثلث الدار، لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة فإنه إذا ضرب الثلث فى الستة معناه ثلث الستة وهو

ومحاباة ودراهم مرسلة وسعاية وجناية رقيق .

وبطريق المنازعة إجماعا وهو مسألة الفضوليين .

وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما وهو ثلاث مسائل مسألة الكتاب وإذا أوصى لرجل بكل ماله أو بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك :

وبطريق العول عنده والمنازعة عندهما وهو خمس كما بسطه الزيلعى والعينى وتمامه فى البحر . والأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت فى عين أو ذمة شائعا فعولية أو مميزا أو لأحدهما شائعا وللآخر فى الكل فمنازعة وعندهما متى ثبتا معا على الشيوع فعولية وإلا فمنازعة فليحفظ (ولو الدار فى أيديهما فهى للثانى) نصف لا بالقضاء ولصف به لأنه خارج ولو فى يد ثلاثة وادعى أحدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا قسمت عنده بالمنازعة وعندهما بالعول وبيانه فى الكافى (ولو برهنا على نتاج دابة) فى أيديهما أو أحدهما أو غيرهما (وأرخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) بشهادة الظاهر (فلو لم يؤرخا قضى بها لذى اليد ولهما أن فى أيديهما أو فى يد ثالث وإن لم يوافقهما) بأن خالف أو أشكل (فلهما إن كانت فى أيديهما أو كانا خارجين فإن فى يد أحدهما قضى بها له) هو الأصح .

اثنان منح (قوله ومحاباة) الوصية بالمحاباة إذا أوصى بأن يباع العبد الذى قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفى درهم ، وأوصى لآخر أن يباع العبد الذى يساوى ألفى درهم بألف درهم حتى حصلت المحاباة لهما بألفى درهم كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالدراهم المرسلة إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالعتق إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول ، ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية اهـ ح كذا فى الهامش وفيه : مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول ، وأما ما يقسم بطريق المنازعة عندهم فمسألة واحدة ذكرها فى الجامع : فضولى باع عبدا من رجل بألف درهم وفضولى آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعا يخير المشتريان فإذا اختارا الأخذ أخذ بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشترى الكل وربعه لمشترى النصف عندهم جميعا . وفى البحر : عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما يقسم الجانى بينهما بطريق العول ثلثاه لولى القتيل وثلثه للآخر بحر اهـ . قال المؤلف رحمه الله : وأسقط ابن وهبان الوصية بالعتق وبها تم الثمان (قوله لأنه خارج) لأن مدعى النصف تنصرف دعواه إلى ما فى يده ولا يدعى شيئا مما فى يد صاحبه (قوله وبيانه فى الكافى) ذكره فى غرر الأفكار فراجعه (قوله ولو برهنا) يتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت فى ملكه ، وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى فى ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين بحر عن الخلاصة . وقدمنا أنه لا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا الخ فتأمل (قوله لذى اليد) هذا قيد لما إذا ادعى كل منهما النتاج فقط إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذى اليد كالغصب والإجارة والعارية ، فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتا لإثباتها الفعل على ذى اليد كما فى البحر عن الزيلعى ، ونقله فى نور العين عن الذخيرة على خلاف ما فى المبسوط . وقال : الظاهر أن ما فى الذخيرة هو الأصح والأرجح لما فى الخلاصة عن كتاب الولاء لخواهر زاده ، أن ذا اليد إذا ادعى النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد أو أودعه له أو أعاره منه كانت بينة الخارج أولى وإنما تترجح بينة ذى اليد على النتاج إذا لم يدع الخارج فعلا على ذى اليد أما لو ادعى فعلا كالشراء وغير ذلك فبينة الخارج أولى ، لأنها أكثر إثباتا لأنها

قلت : وهذا أولى مما وقع فى الكنز والدرر والملتقى فتبصر (برهن أحد الخارجين على الغصب) من زيد (والآخر على الوديعة) منه (استويا) لأنها بالجحد تصير غصبا (الناس أحرار) بلا بيان (إلا فى) أربع (الشهادة والحدود والقصاص والقتل) كذا فى نسخة المصنف وفى نسخة والعقل وعبارة الأشباه الدية وحينئذ (فلو ادعى على مجهول الحال) أحر أم لا (أنه عبده فأنكر وقال أنا حر الأصل فالقول له) لتمسكه بالأصل (واللابس) للثوب (أحق من آخذ الكم والراكب أحق من آخذ اللجام ومن فى السرج من رديفه وذو حملها ممن علق كوزه) بها لأنه أكثر تصرفا (والجالس على البساط والمتعلق به سواء) كجالسيه وراكبى سرج (كمن معه ثوب وطرفه مع الآخر لاهدبته) أى طرته الغير المنسوجة لأنها ليست بثوب (بخلاف جالسى دار تنازعا فيها) حيث لا يقضى لهما لاحتمال أنها فى يد غيرهما

ثبت الفعل عليه اه وانظر أيضا ما كتبناه قريبا بنحو ورقة (قوله مما وقع فى الكنز) حيث قال : وإن أشكل فلهما لأن قوله وإن لم يوافقهما أعم من قول الكنز ، وكذا قول الكنز فلهما مقيد بما إذا لم تكن فى يد أحدهما ؛ وعبارة الملتقى والغرر : وإن أشكل فلهما وإن خالفهما بطل قال الشارح فى شرح الملتقى : فيقضى لذى اليد قضاء ترك كذا اختاره فى الهداية والكافى ؛

قلت : لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به فى التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ اه ؛

قلت : نقل الشرنبلالى عن كافى الحاكم أن الأول هو الصحيح للتيقن بكذب البينتين فيترك فى يد ذى اليد وقال : ومحصله اختلاف التصحيح (قوله من زيد) هكذا وقع فى النسخ وصوابه على الغصب من يده أى من يد أحد الخارجين قال الزيلعى والمنح : معناه إذا كان عين فى يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب منه ، والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفين لأن الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان مدنى ، والظاهر أنه أراد على الغصب الناشىء من زيد فزيد هو الغاصب، فمن ليست صلة الغصب بل ابتدائية تأمل (قوله الشهادة) فيسأل عن الشاهد إذا طعن الخصم بالرق لا إن لم يطعن فلا يقبل قوله : أنا حر بالنسبة إليها ما لم يبرهن وإذا قذف ثم زعم أن المقذوف عبد لا يحد ، حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة وكذا لو قطع يد إنسان وكذا لو قتله خطأ وزعمت العاقلة أن المقتول عبد ط (قوله والدية) الثلاث بمعنى واحد فى المآل (قوله واللابس للثوب) قال الشيخ قاسم فيقضى له قضاء ترك لا استحقاق ، حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضى له شرنبلالية (قوله ومن فى السرج) نقل الناطقى هذه الرواية عن النوادر ، وفى ظاهر الرواية هى بينهما نصفين ؛

أقول : لكن فى الهداية والملتقى مثل ما فى المتن فتنبه ، بخلاف ما إذا كانا راكبين فى السرج فإنها بينهما قولا واحدا كما فى الغاية ويؤخذ منه اشتراكهما إذا لم تكن مسرجة شرنبلالية (قوله وذو حملها أولى ممن علق كوزه) احتراز عما لو كان له بعض حملها إذ لو كان لأحدهما من والآخر مائة من كانت بينهما كما فى التبيين (قوله لا هدبته) يقال له بالتركى سجق سعدية (قوله بخلاف جالسى دار) كذا قال فى العناية ويخالفه ما فى البدائع لو ادعيا دارا وأحدهما ساكن فيها فهى للساكن وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهى له ، وإن لم يكن شىء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها فهى بينهما وكذا لو كانا جميعا فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف اه ؛

[تنبيه] قال فى البدائع : كل موضع قضى بالملك لأحدهما لكون المدعى فى يده يجب عليه اليمين لصاحبه إذا

وهنا علم أنه ليس فى يد غيرهما عينى (الحائط لمن جذوعه عليه أو متصل به اتصال تربيع) بأن تتداخل أنصاف لبناته فى لبنات الآخر ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة فى الأخرى لدلالته على أنهما بنيا معا ولذا سمى بذلك لأنه حينئذ يبنى مربعا (لا لمن له) اتصال ملازقة أو نقب وإدخال أو (هرادى) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل) يكون (بين الجارين لو تنازعا) ولا يخص به صاحب الهرادى بل صاحب الجذع الواحد أحق منه خانية ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذى الاتصال وللآخر حق الوضع ، وقيل لذى الجذوع ملتقى وتمامه فى العينى وغيره ، وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعد فلايسقط بإبراء ولا صلح وعفو وبيع

طلب فإن نكل قضى عليه به شرنبلالية (قوله وهنا علم) أى فى الجلوس على البساط ، والأولى وهناك. قال الزيلعى : وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما إذا كانا جالسين فى دار وتنازعا فيها حيث لايحكم لهما بها لاحتمال أنها فى يد غيرهما ، وهنا علم أنه ليس فى يد غيرهما اه (قوله لمن جذوعه عليه) ولو كان لأحدهما جذع أو جذعان دون الثلاثة وللآخر عليه ثلاثة أجذاع أو أكثر ذكر فى النوازل : أن الحائط يكون لصاحب الثلاثة ولصاحب ما دون الثلاثة موضع جذعه قال : وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا وقال أبو يوسف : إن القياس أن يكون الحائط بينهما نصفين وبه كان أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه يقول أولا ثم رجع إلى الاستحسان قاضيخان فى دعوى الحائط والطريق وبه أفتى الحامدى ، وإذا لزم تعميره فعلى صاحب الخشبة عمارة موضعها كما فى الحامدية يعنى ما تحتها من أسفل إلى الأعلى مما شأنه أن تكتفى به الخشبة كما ظهر لى سائحانى ؛

ثم قال : وفى البزازية جدار مشترك بين اثنين لأحدهما عليه حمولة للآخر أن يضع عليه مثل صاحبه إن كان الحائط يحتمل ، وإلا يقال لذى الجذوع إن شئت فارفعها ليستوى صاحبك وإن شئت فحط بقدر ما يمكن محمل الشريك اه ملخصا وفى البزازية أيضا جدار بينهما أراد أحدهما أن يبنى عليه سقفا آخر أو غرفة يمنع وكذا إذا أراد أحدهما وضع السلم يمنع إلا إذا كان فى القديم اه حامدية وأفتى فيها بخلافه نقلا عن العمادية فراجعها (قوله أو متصل به اتصال تربيع) ثم فى اتصال التربيع هل يكفى من جانب واحد فعلى رواية الطحاوى يكفى وهذا أظهر وإن كان فى ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع ، ولو أقاما البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما قضى له خلاصة حامدية كذا في الهامش ، وإن كان كلا الاتصالين اتصال تربيع أو اتصال مجاورة يقضى بينهما وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر ملازقة يقضى لصاحب التربيع ، وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال أولى وصاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة ثم فى اتصال التربيع(١) هل يكفى من جانب واحد فعلى رواية الطحاوى يكفى وهذا أظهر وإن كان فى ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع ،ولو أقاما البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما البينة قضى له خلاصة بزازية كذا بخط منلا على (قوله فى لبنات الآخر) انظر ما فى الزيلعى عن الكرخى وقد أشبع الكلام هنا رحمه الله (قوله أو نقب) أى بأن نقب وأدخلت الخشبة وهذا فيما لو كان من خشب (قوله أو هرادى) الهرادى جمع هردية قصبات تضم ملوية بطاقات من أقلام يرسل عليها قضبان الكرم كذا فى الهامش وفى منهوات العزمية : الهردية بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة والياء المشددة والهرادى بفتح الهاء وكسر الدال اه (قوله ولو لأحدهما جذوع) قال منلا على وإن كانت جذوع أحدهما أسفل وجذوع الآخر أعلى بطبقة وتنازعا فى الحائط ، فإنه لصاحب الأسفل لسبق يده ولا ترفع جذوع الأعلى

---

(١) قوله (ثم فى اتصال التربيع الخ) هو مكرر مع مافى صدر القولة اه مصححه .

وإجارة أشباه من أحكام الساقط لايعود فليحفظ (وذو بيت من دار) فيها بيوت كثيرة (كذى بيوت) منها (فى حق ساحتها فهى بينهما لصفين) كالطريق (بخلاف الشرب) إذا تنازعا فيـه (فإنه يقدر بالأرض) بقدر سقيها (برهنا) أى الخارجات (على يد) لـكل منهما (فى أرض قضى بيدهما) فتنصف (ولو برهن عليه) أى على اليد (أحدهما أو كان تصرف فيها) بأن لبن أو بنى (قضى بيده) لوجود تصرفه :

(ادعى الملك فى الحال وشهد الشهود أن هذا العين كان ملـكه تقبل) لأن ما ثبت فى زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل درر (صبى يعبر عن نفسه) أى يعقل ما يقول (قال أنا حر فالقول له) لأنه فى يد نفسه كالبالغ (فإن قال أنا عبد فلان) لغير ذى اليد

عمادية فى الفصل الخامس والثلاثين ومثله فى الفصولين (قوله وإجارة) أى إجارة داره (قوله أشباه من أحكام الساقط لا يعود) رجل استأذن جارا له فى وضع جذوع له على حائط الجار أو فى حفر سرداب تحت داره فأذن له فى ذلك ففعل ، ثم إن الجار باع داره فطلب المشترى رفع الجذوع والسرداب كان له ذلك إلا إذا كان البائع شرط فى البيع ذلك فحينئذ لا يكون للمشترى أن يطلب ذلك قاضيخان من باب مايدخل فى البيع تبعا من الفصل الأول ومثله فى البزازية من القسمة وفى الأشباه من العارية وراجع السيد أحمد محشيه منلا على والمسألة ستأتى فى العارية (قوله فى حق ساحتها) إذا لم يعلم قدر الأنصباء منية المفتى (قوله كالطريق) الطريق يقسم على عددالرؤوس لابقدر مساحة الأملاك إذا لم يعلم قدر الأنصباء وفى الشرب متى جهل قدر الأنصباء يقسم على عدد الأملاك لاالرؤوس منية .

[فرع] الساباط إذا كان على حائط إنسان فانهدم الحائط ذكر صاحب الـكتاب أن حمل الساباط وتعليقه على صاحب الحائط لأن حمله مستحق عليـه وبه كان يفتى أبو بكر الخوارزمى ، ويريد به أنه يملك مطالبته ببناء الحائط اه من الفصل الثالث من كتاب الحيطان لقاسم بن قطلو بغا اه من مراصد الحيطان ، وقوله ويريد به الخ أى بقوله ، لأن حمله الخ كذا ظهر لى فتأمل والنظر ما كتبناه فى متفرقات القضاء (قوله بخلاف الشرب) دار فيها عشرة أبيات لرجل وبيت واحد لرجل تنازعا فى الساحة ، أو ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر تنازعا فيه فذلك بينهما نصفان ولا يعتبر بفضل اليد كما لا اعتبار بفضل الشهود لبطلان الترجيح بكثرة الأدلة بزازية من الفصل الثالث عشر . وبه علم أن ذلك حيث جهل أصل الملك أما لو علم كما لو كانت الدار المذكورة كلها لرجل ثم مات عن أولاد تقاسموا البيوت منها فالساحة بينهم على قدر البيوت (قوله بقدر سقيها) فعند كثرة الأراضى تـكثر الحاجة إليه فيتقدر بقدر الأراضى بخلاف الانتفاع بالساحة فإنه لا يختلف باختلاف الأملاك كالمرور فى الطريق زيلعى :

واعلم أن القسمة على الرءوس فى الساحة والشفعة وأجرة القسام والنوائب أى الهوائية المأخوذة ظلما والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والطريق كذا بخط الشيخ شاهين أبو السعود (قوله أى الخارجات) كذا في الدرر والمنح وعبارة الهداية والزيلعى كغيرهما تفيد أنهما ذو يد ، وفى الفصولين : ادعى كل منهما أنه له وفى يده ذكر محمد فى الأصل أن على كل منهما البينة ، وإلا فاليمين إذ كل منهما مقر بتوجه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه ، فلو برهن أحدهما حكم له باليد ويصير مدعى عليه والآخر مدعيا ولو برهنا يجعل المدعى في يدهما لتساويهما فى إثبات اليد، وفى دعوى الملك فى العقار لاتسمع إلا على ذى اليد ودعوى اليد تقبل على غير ذى اليد لو نازعه ذلك الغير فى اليد فيجعل مدعيا لليد مقصودا ومدعيا للملك تبعا اه: وفى الـكفاية وذكر التمرتاشى فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هى فى يده حلف كل واحد منهما ما هى فى يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا

(قضى به لذى اليد) كمن لايعبر عن نفسه لإقراره بعدم يده (فلو كبر وادعى الحرية تسمع مع البرهان) لما تقرر أن التناقض فى دعوى الحرية لايمنع صحةالدعوى :

باب دعوى النسب

الدعوة نوعان دعوة استيلاد وهو أن يكون أصل العلوق فى ملك المدعى ودعوة تحرير وهو بخلافه والأولى أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلوق واقتصار دعوى التحرير على الحال وسيتضح (مبيعة ولدت لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادعاه) البائع (ثبت نسبه) منه استحسانا لعلوقها فى ملكه ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض (و) إذا صحت استندت فـ (صارت أم ولده فيفسخ البيع ويرد الثمن و) لكن (إذا ادعاه المشترى قبله ثبت) نسبه (منه) لوجود ملكه وأميتها

لم يقض باليد لها وبرىء كل عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر المال ، فإن نكلا قضى لكل بالنصف الذى فى يد صاحبه ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذى كان فى يده ونصفها الذى كان فى يد صاحبه بنكوله ، وإن كانت الدار فى يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة فى حق الثالث اه فعلم أن الخارجين قيد اتفاقى فالأولى حذفه (قوله قضى به) لا يقال الإقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبى لأنا نقول لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض ، ولانسلم أنه من المضار لإمكان التدارك بعده بدعوى الحرية. ولا يقال الأصل فى الآدمى الحرية فلا تقبل الدعوى بلا بينة وكونه فى يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط لا يقبل قول الملتقط أنه عبده وإن كان فى يده . لأنا نقول إذا اعترض على الأصل دليل خالفه بطل ، وثبوت اليد دليل الملك ولا نسلم أن اللقيط إذا عبر عن نفسه وأقر بالرق يخالفه فى الحكم وإن لم يعبر فليس فى يد الملتقط من كل وجه لأنه أمين زيلعى ملخصا .

باب دعوى النسب

(قوله الدعوة) أى بكسر الدال فى النسب وبفتحها الدعوة إلى الطعام (قوله فى ملك المدعى) أى حقيقة أو حكما كما إذا وطىء جارية ابنه فولدت وادعاه فإنه يثبت ملكه فيها ويثبت عتق الولد ويضمن قيمتها لولده كما تقدم وجعلها الإتقانى دعوة شبهة (قوله واستنادها) عطف علة على معلول قال فى الدرر : والأول أقوى لأنه أسبق لاستنادها ح (قوله من ستة أشهر) أفاد أنهما اتفقا على المدة وإلا ففى التاترخانية عن الكافى قال البائع بعتها منك منذ شهر والولد منى ، وقال المشترى بعتها منى لأكثر من سنة والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق فإن أقاما البينة فالبينة للمشترى أيضا عند أبى يوسف وعند محمد للبائع ، وسيذكره الشارح بقوله ولو تنازعا وقيد بدعوى البائع إذ لو ادعاه ابنه وكذبه المشترى صدقه البائع أولا فدعوته باطلة وتمامه فيها (قوله فادعاه) أفاد بالفاء أن دعوته قبل الولادة موقوفة ، فإن ولدت حيا ثبت وإلا فلا كما فى الاختيار ، ويلزم البائع أن الأمة لو كانت بين جماعة فشراها أحدهم فولدت فادعوه جميعا ثبت منهم عنده وخصاه باثنين وإلا فلا كما فى النظم وبالإطلاق أنه لو لم يصدق المشترى البائع وقال لم يكن العلوق عندك كان القول للبائع بشهادة الظاهر فإن برهن أحدهما فبينته وإن برهنا فبينة المشترى عند الثانى وبينة البائع عند الثالث كما فى المنية شرح الملتقى (قوله البائع) ولو أكثر من واحد قهستانى (قوله ثبت نسبه) صدقه المشترى أولا كما فى غرر الأفكار وأطلق فى البائع ، فشمل المسلم والذمى والحر والمكاتب كذا رأيته معزوا للاختيار (قوله استحسانا) أى لا قياسا لأن بيعه إقرار منه بأنها أمة فيصير مناقضا (قوله وأميتها) عطف على فاعل ثبت ح وهذا لو جهل الحال لما سبق فى الاستيلاد أنه

بإقراره وقيل يحمل على أنه نكحها واستولدها ثم اشتراها (ولو ادعاه معه) أى مع ادعاء البائع (أو بعده لا) لأن دعوته تحرير والبائع استيلاد فكان أقوى كما مر (وكذا) يثبت من البائع (لو ادعاه بعد موت الأم بخلاف موت الولد) لفوات الأصل (ويأخذه) البائع بعد موت أمه (ويسترد المشترى كل الثمن) وقالا حصته (وإعتاقهما) أى إعتاق المشترى الأم والولد (كموتهما) فى الحكم (والتدبير كالاعتاق) لأنه أيضا لا يحتمل الإبطال ويرد حصته اتفاقا ملتقى وغيره وكذا حصتها أيضا على الصحيح من مذهب الإمام كما فى القهستانى والبرهان ونقله فى الدرر والمنح عن الهداية على خلاف ما فى الكافى عن المبسوط وعبارة المواهب وإن ادعاه بعد عتقها أو موتها ثبت منه وعليه رد الثمن واكتفيا برد حصته وقيــل لا يرد حصتها فى الإعتاق بالاتفاق اه فليحفظ (ولو ولدت) الأمة المذكورة (لأكثر من حولين من وقت البيع وصدقه المشترى ثبت النسب) بتصديقه (وهى أم ولده على المعنى اللغوى

لو زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولد وإن ملك الولد عتق عليه ومر فيه متنا :

استولد جارية أحد أبويه وقال ظننت حلها لى فلا نسب وإن ملكه عتق عليه قال الشارح ثمة وإن ملك أمه لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه سائحانى (قوله بإقراره) ثم لا تصح دعوى البائع بعده لاستغناء الولد بثبوت نسبه ، ولأنه لا يحتمل الإبطال زيلعى (قوله واو ادعاه) أى وقد ولدته لدون الأقل (قوله بخلاف موت الولد) أى وقد ولدته لدون الأقل فلا يثبت الاستيلاد فى الأم لفوات الأصل ، فإنه استغنى بالموت عن النسب وكان الأولى للشارح التعليل بالاستغناء كما لا يخفى فتدبر (قوله كل الثمن) لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها هداية (قوله وقالا حصته) أى حصة الولد أى لا يرد حصة الأم (قوله الأم والولد) الواو بمعنى أو مانعة الخلو والظاهر أنها حقيقية لأحد الشيئين تأمل (قوله كموتهما) حتى لو أعتق الأم لا الولد فادعاه البائع أنه ابنه صحت دعوته ، ويثبت نسبه منه ولو أعتق الولد لا الأم لم تصح دعوته لا فى حق الولد ولا فى حق الأم كما فى الموت منح (قوله ويرد حصته) أى فيما لو أعتق الأم أو دبرها لا الولد (قوله وكذا حصتها) فصار حاصل هذا أن البائع يرد كل الثمن وهو حصة الأم وحصة الولد فى الموت والعتق عند الإمام ، ويرد حصة الولد فقط فيهما عندهما: وعلى ما فى الكافى يرد حصته فقط فى الإعتاق عند الإمام كقولهما (قوله أيضا) أى فى التدبير والإعتاق وأما فى الموت فيرد حصتها أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله قولا واحدا كما يدل عليه كلام الدرر حيث قال وفيما إذا أعتق المشترى الأم أو دبرها يرد البائع على المشترى حصته من الثمن عندهما. وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا فى الهداية ح (قوله ولقله فى الدرر) وذكر فى المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بأن القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها كذا فى الكافى اه . لكن رجح فى الزيلعى كلام المبسوط وجعله هو الرواية فقال بعد نقل التصحيح عن الهداية وهو مخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل إعتاقه بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما وتعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له قيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك اه (قوله ما فى الكافى) وهو رد حصته لا حصتها بالاتفاق (قوله لأكثر من حولين) مثله تمام السنتين إذا لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة شرنبلالية (قوله ثبت النسب) وإن ادعاه المشترى وحده صح وكانت دعوة استيلاد وإن ادعياه معا

لكاحا) حملا لأمره على الصلاح: بقي لو ولدت فيما بين الأقل والأكثر إن صدقه فحكمه كالأول لاحتمال العلوق قبل بيعه وإلا لا ، ولو تنازعا فالقول للمشترى اتفاقا وكذا البينة له عند الثانى خلافا للثالث شرنبلالية وشرح مجمع ، وفيه لو ولدت عند المشترى ولدين أحدهما لدون ستة أشهر والآخر لأكثر ثم ادعى البائع الأول ثبت نسبهما بلا تصديق المشترى :

(باع من ولد عنده وادعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه) لكون العلوق فى ملكه (ورد بيعه) لأن البيع يحتمل النقض (وكذا) الحكم (لو كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو آجرها أو زوجها ثم ادعاه) فيثبت نسبه وترد هذه التصرفات بخلاف الإعتاق كما مر (باع أحد التوأمين المولودين) يعنى علقا وولدا (عنده وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع) الولد (الآخر ثبت نسبهما وبطل عتق المشترى) بأمر فوقه وهو حرية الأصل

أو سبق أحدهما صحت دعوة المشترى لا البائع تاترخانية (قوله لكاحا) بأن زوجه إياها المشترى وإلا كان زنا (قوله فحكمه كالأول) فيثبت النسب ويبطل البيع والأمة أم ولد تتارخانية (قوله قبل بيعه) قال فى التاترخانية هذا الذى ذكرنا إذا علمت المدة فإن لم تعلم أنها ولدت لأقل من ستة أشهر أو لأكثر إلى سنتين أو أكثر من وقت البيع ، فإن ادعاه البائع لا يصح إلا بتصديق المشترى وإن ادعاه المشترى تصح ، وإن ادعياه معا لا تصح دعوة واحد منهما وإن سبق أحدهما فلو المشترى صحت دعوته ، ولو البائع لم تصح دعوة واحد منهما (قوله وإلا) أى بأن كذبه وإن لم يدعه أو ادعاه أو سكت فهو أعم من قوله ولو تنازعا ح (قوله ولو تنازعا) أى فى كونه لأقل من ستة أشهر أو لأكثر كما قدمناه عن التاترخانية (قوله والآخر لأكثر) أى وليس بينهما ستة أشهر (قوله وكذا الحكم لو كاتب) أى المشترى :

واعلم أن عبارة الهداية كذلك ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه وبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لأجله وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه وآجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ، ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر قال صدر الشريعة : ضمير كاتب إن كان راجعا إلى المشترى وكذا فى قوله أو كاتب الأم يصير تقدير الكلام ومن باع عبدا ولد عنده وكاتب المشترى الأم وهذا غير صحيح لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم ، فكيف يصح قوله وكاتب المشترى الأم ، وإن كان راجعا إلى من فى قوله ومن باع عبدا فالمسألة أن رجلا كاتب من ولد عنده أو رهنه أو آجره ثم كانت الدعوة فحينئذ لا يحسن قوله بخلاف الإعتاق لأن مسألة الاعتاق التى مرت ما إذا أعتق المشترى الولد لأن الفرق صحيح إذ يكون بين إعتاق المشترى وكتابته لا بين إعتاق المشترى وكتابة البائع : إذا عرفت هذا فرجع الضمير فى كاتب الولد هو المشترى ، وفى كاتب الأم من فى قوله من باع اهـ :

أقول : الأظهر أن المرجع فيهما المشترى وقوله لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم مدفوع بأن المتبادر بيعه مع أمه بقرينة سوق الكلام ودليل كراهة التفريق بحديث سيد الأنام عليه الصلاة والسلام : نعم كان مقتضى ظاهر عبارة الوقاية أن يقال بالنظر إلى قوله بعد بيع مشتريه وكذا بعد كتابة الولد ورهنه الخ لكنه سهو، وانى على الدرر (قوله أو كاتب الأم) أى لو كانت بيعت مع الولد فالضمير فى الكل للمشترى وبه يسقط ما فى صدر الشريعة (قوله يعنى علقا) محترزه قوله لو اشتراها حبلى (قوله ثم ادعى البائع الولد) لأن دعوة البائع صحت فى الذى لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت الآخر لأنهما من ماء واحد فيلزم بطلان عتق المشترى بخلاف ما إذا كان الولد واحدا وتمامه فى الزيلعى (قوله وهو حرية الأصل) أى الثابتة

لأنهما علقا فى ملكه، حتى لو اشتراها حبلى لم يبطل عتقه لأنها دعوة تحرير فتقتصر عينى وغيره وجزم به المصنف ثم قال : وحيلة إسقاط دعوى البائع أن يقر البائع أنه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبدا مجتبى وقد أفاده بقوله (قال) عمرو (لصبى معه) أو مع غيره عينى (هو ابن زيد) الغائب (ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه) أبدا (وإن) وصلية (جحد زيد بنوته) خلافا لهما لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته حتى لو صدقه بعد تكذيبه صح ، ولذا لو قال لصبى هذا الولد منى ثم قال ليس منى لا يصح نفيه لأنه بعد الإقرار به لا ينتفى بالنفى فلا حاجة إلى الإقرار به ثانيا ولا سهو فى عبارة العمادى كما زعمه منلا خسرو كما أفاده الشرنبلالى وهذا إذا صدقه الابن وأما بدونه فلا إلا إذا عاد الابن إلى التصديق لبقاء إقرار الأب ، ولو أنكر الأب الإقرار فبرهن عليه الابن قبل وأما الإقرار بأنه أخوه فلا يقبل لأنه إقرار على الغير :

[فروع] لو قال لست وارثه ثم ادعى أنه وارثه وبين جهة الإرث صح

بأصل الخلقة وأما حرية الإعتاق فعارضة (قوله لأنهما علقا فى ملكه) بخلاف ما إذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه إعتاق المشترى لأنه لو بطل فيه بطل مقصودا لأجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبع ثم تتعدى إلى الآخر وكم من شىء يثبت ضمنا ولم يثبت مقصودا عينى (قوله حتى لو اشتراها) أى البائع وقوله حبلى وجاءت بهما لأكثر من سنتين عينى (قوله لم يبطل) قال الأكمل ونوقض بما إذا اشترى رجل أحد توأمين واشترى أبوه الآخر فادعى أحدهما الذى فى يده بأنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان ولم تقتصر الدعوى : وأجيب : بأن ذلك لموجب آخر وهو إن كان الأب فالابن قد ملك أخاه وإن كان هو الابن فالأب قد ملك حافده فيعتق ، ولو ولدت توأمين فباع أحدهما ثم ادعى أبو البائع الولدين وكذباه أى ابنه البائع والمشترى صارت أم ولده بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذى فى يد البائع ولا يعتق المبيع لما فيه من إبطال ملكه الظاهر ، بخلاف النسب لأنه لا ضرر فيه. والفرق بينه وبين البائع إذا كان هو المدعى أن النسب ثبت فى دعوى البائع بعلوق فى ملكه وهنا حجة الأب أن شبهة «أنت ومالك لأبيك» تظهر فى مال ابنه البائع فقط وتمامه فى نسخة السائحانى عن المقدسى (قوله لأنها دعوة تحرير) لعدم العلوق فى ملكه (قوله فتقتصر) بخلاف المسألة الأولى وهو ما إذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لما ذكر أنها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الأصل ، فتبين أنه باع حرا عينى (قوله أبدا) أى وإن جحد العبد (قوله خلافا لهما) هما قالا إذا جحد زيد بنوته فهو ابن للمقر وإذا صدقه زيد أو لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم درر (قوله بعد ثبوته) وهنا ثبت من جهة المقر للمقر له (قوله حتى لو صدقه) أى صدق المقر له المقر وفى التفريع خفاء : وعبارة الدرر وله أى لأبى حنيفة أن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته ، والإقرار بمثله لا يرتد بالرد إذا تعلق به حق المقر له ولو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وأيضا تعلق به حق الولد ، فلا يرتد برد المقر له فظهر أنه مفرع على تعلق حق المقر له به (قوله لا ينتفى بالنفى) وهذا إذا صدقه الابن أما بمضى تصديق(١) فلا يثبت النسب إذا لم يصدقه الابن ثم صدقه ثبتت البنوة لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم تصديق الابن فصولين ، قال جامعه : أظن أن هذه القولة مشطوب عليها فلتعلم (قوله فى عبارة العمادى) عبارته هذا الولد ليس منى ثم قال : هو منى صح إذ بإقراره بأنه منه ثبت لسبه فلا يصح نفيه ففيها سهو كما قال منلا خسرو لأنه ليس فى العبارة سبق الإقرار على النفى اهـ كذا فى الهامش (قوله كما زعمه) تمثيل للمنفى وقوله كما أفاده تمثيل للنفى

---

(١) قوله (أما بمضى تصديق الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها ولا تخلو العبارة من تأمل ولعل فيها تحريفا ، والأصل : أما بدون تصديق فلا يثبت النسب وإذا لم يصدقه الخ ولتراجع عبارة الفصولين اهـ مصححه .

إذ التناقض فى النسب عفو ولو ادعى بنوة العم لم يصح ما لم يذكر اسم الجد ولو برهن أنه أقر أنى ابنه تقبل لثبوت النسب بإقراره ولاتسمع إلا على خصم هو وارث أو دائن أو مديون أو موصى له ولو أحضر رجلا ليدعى عليه حقا لأبيه وهو مقر به أولا فله إثبات نسبه بالبينة عند القاضى بحضرة ذلك الرجل ولو ادعى إرثا عن أبيه فلو أقر به أمر بالدفع إليه ولايكون قضاء على الأب حتى لو جاء حيا يأخذه من الدافع والدافع على الابن ولو أنكر قيل للابن برهن على موت أبيك وأنك وارثه ولايمين والصحيح تحليفه على العلم بأنه ابن فلان وأنه مات ثم يكلف الابن بالبينة بذلك وتمامه فى جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين (ولو كان) الصبى (مع مسلم وكافر فقال المسلم هو عبدى وقال الكافر هو ابنى فهو حر ابن الكافر) لنيله الحرية حالا والإسلام مآلا لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما لأن حكمه حكم دار الإسلام ، وعزاه للتحفة فليحفظ (قال زوج امرة لصبى معهما هو ابنى من غيرها

قال فى الهامش : وهو عدم السهو ونصه والذى يظهر لى أن اللفظة الثالثة وهى قوله : هو منى صح ليس له فائدة فى ثبوت صحة النسب لأنه بعد الاقرار به أولا لاينتفى بالنفى فلايحتاج إلى الاقرار به بعده فليتأمل (قوله إذ التناقض الخ) ذكر فى الدرر فى فصل الاستشراء فوائد جمة فراجعها (قوله اسم الجد) بخلاف الإخوة فإنها تصح بلا ذكر الجد كما فى الدرر.

واعلم أن دعوى الإخوة ونحوها مما لو أقر به المدعى عليه لا يلزمه لا تسمع ما لم يدع قبله مالا ، قال فى الولوالجية : ولو ادعى أنه أخوه لأبويه فجحد : فإن القاضى يسأله ألك قبله ميراث تدعيه أو نفقة أو حق من الحقوق التى لا يقدر على أخذها إلا بإثبات النسب ، فإن كان كذلك يقبل القاضى بينته على إثبات النسب ، وإلا فلا خصومة بينهما لأنه إذا لم يدع ما لا لم يدع حقا لأن الإخوة المجاورة بين الأخوين فى الصلب أو الرحم ، ولو ادعى أنه أبوه وأنكر فأثبته يقبل ، وكذا عكسه وإن لم يدع قبله حقا لأنه لو أقر به صح فينتصب خصما ، وهذا لأنه يدعى حقا فإن الإبن يدعى حق الانتساب إليه والأب يدعى وجوب الإنتساب إلى نفسه شرعا وقال عليه الصلاة والسلام ومن انتسب إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين» اه ملخصا وتمامه فيها وفى البزازية (قوله أنى ابنه) مكرر مع ما قدمه قريبا (قوله ولا تسمع) أى بينة الإرث كما فى الفصولين (قوله أو دائن) انظر ماصورته ولعل صورته أن يدعى دينا على الميت وينصب له القاضى من يثبت فى وجهه دينه ، فحينئذ يصير خصما لمدعى الإرث ومثل ذلك يقال فى الموصى له تأمل (قوله أو موصى له) أوالوصى بزازية كذا فى الهامش (قوله فلو أقر) أى المدعى عليه وقوله به أى بالبنوة وبالموروث (قوله ولو أنكر) أى المدعى عليه (قوله تحليفه) أى المنكر (قوله على العلم) أى على نفى العلم بأن يقول والله لا أعلم أنه ابن فلان الخ (قوله بأنه ابن فلان) الظاهر أن تحليفه على أنه ليس بابن فلان إنما هو إذا أثبت المدعى الموت وإلا فلا فائدة فى تحليفه إلا على عدم العلم بالموت تأمل (قوله بذلك) أى بالمال الذى أنكره أيضا (قوله السابع والعشرين) صوابه الفصل الثامن والعشرين كذا فى الهامش (قوله وقال الكافر هو ابنى) قال فى شرح الملتقى وهذا إذا ادعياه معا فلو سبق دعوى المسلم كان عبدا له ولو ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم إذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء بإسلامه (قوله والإسلام مآلا) لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفى العكس يثبت الإسلام تبعا ولايحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها درر (قوله لكن جزم الخ) فيه أنه لا عبرة للدار مع وجود أحد الأبوين ح .

قلت : يخالفه ما ذكروا فى اللقيط لو ادعاه ذمى يثبت نسبه منه ، وهو مسلم تبعا للدار وقدمناه فى كتابه عن الولوالجية (قوله بأنه يكون مسلما) أى وابنا للكافر (قوله معهما) أى فى يدهما احترز به عما لو كان فى يد أحدهما : قال فى التتارخانية : وإن كان الولد فى يد الزوج أو يد المرأة فالقول للزوج فيهما ، وقيد بإسناد كل منهما الولد إلى غير صاحبه لما فيها أيضا عن المنتقى صبى فى يد رجل وامرأة قالت المرأة : هذا ابنى من هذا الرجل

وقالت هو ابنى من غيره فهو ابنهما) إن ادعيا معا وإلا ففيه تفصيل ابن كمال وهذا (لو غير معبر وإلا) بأن كان معبرا (فهو لمن صدقه) لأن قيام أيديهما وفراشهما يفيد أنه منهما (ولو) ولدت أمة اشتراها فاستحقت غرم الأب قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع (وهو حر) لأنه مغرور والمغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق فلذا قال (وكذا) الحكم (لو ملكها بسبب آخر) أى سبب كان عينى (كما لو تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت) غرم قيمة ولده (فإن مات الولد قبل الخصومة فلا شىء على أبيه) لعدم المنع كما مر (وإرثه له) لأنه حر الأصل فى حقه فيرثه (فإن قتله أبوه أو غيره) وقبض الأب من ديته قدر قيمته (غرم الأب قيمته) للمستحق كما لو كان حيا ولو لم يقبض شيئا لا شىء عليه وإن قبض أقل لزمه بقدره عينى (ورجع بها) أى بالقيمة فى الصورتين (ك) ما يرجع بـ (ثمنها) ولو هالكة (على بائعها) وكذا لو استولدها المشترى الثانى لكن إنما يرجع المشترى الأول على البائع الأول بالثمن فقط كما فى المواهب وغيرها (لا بعقرها) الذى أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعها كما مر فى بابى المرابحة والاستحقاق مع مسائل التناقض وغالبها مر فى متفرقات القضاء ويجىء فى الإقرار :

[فروع] : التناقض فى موضع الخفاء عفو :

لا تسمع الدعوى على غريم ميت

وقال : ابنى من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة فإن جاءت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه وكانت زوجته بهذه الشهادة ، وإن كان فى يده وادعاه وادعت امرأته أنه ابنها منه ، وشهدت المرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه : لأنه فى يده واحترز عما فيها أيضا صبى فى يد رجل لا يدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته ، ولم تسم أباه وأقام رجل أنه ولد فى فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة ، ولا يعتبر الترجيح باليد كما لو ادعاه رجلان وهو فى يد أحدهما فإنه يقضى لذى اليد (قوله لأن) تعليل للمسألة الأولى فكان الأولى تقديمه على قوله وإلا (قوله ولو ولدت أمة) أى من المشترى وادعى الولد حموى (قوله يوم الخصومة) أى لا يوم القضاء كما فى الشرنبلالية وإليه يشير قوله : لأنه يوم المنع وتمامه فى الشرنبلالية (قوله أى سبب كان) كبدل أجرة دار وكهبة وصدقة ووصية إلا أن المغرور لا يرجع بما ضمن فى الثلاث كما فى أبى السعود (قوله غرم قيمة ولده) أى ولا يرجع بذلك على المخبر كما مر فى آخر باب المرابحة (قوله فيرثه) ولا يغرم شيئا لأن الإرث ليس بعوض عن الولد فلا يقوم مقامه فلا تجعل سلامة الإرث كسلامته (قوله بالقيمة) يعنى فى صورة قتل غير الأب ، أما إذا قتله الأب كيف يرجع بما غرم وهو ضمان إتلافه ، وقد صرح الزيلعى بذلك أى بالرجوع فيما إذا قتله غيره وبعدمه بقتله اه شرنبلالية وعلى هذا فقول الشارح فى الصورتين معناه فى صورة قبض الأب من دينه قدر قيمته وصورة قبضه أقل منها أو المراد صورتا الشراء والزواج كما نقل عن المقدسى . قال السائحانى : قوله فى الصورتين أى الشراء والزواج ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشىء من قيمة الأولاد مقدسى اه (قوله وكذا الخ) أى فإنه يرجع على المشترى الأول بالثمن وقيمة الولد (قوله منافعها) أى بالوطء (قوله عفو) فى الأشباه يعذر الوارث والوصى والمتولى للجهل اه لعله لجهله بما فعله المورث والموصى والمولى ، وفى دعوى الأنقروى فى التناقض المديون بعد قضاء الدين والمختلعة بعد أداء بدل الخلع ، لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع وبرهن على إبراء الدين يقبل : لكن نقل أنه إذا استمهل فى قضاء الدين ثم ادعى الإبراء لا يسمع سائحانى (قوله لا تسمع الدعوى) أى ممن له دين على الميت (قوله على غريم ميت) الظاهر أن المراد منه مديون الميت

إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبي ، وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه زائدا .

لا يجوز للمدعى عليه الإنكار مع علمه بالحق إلا فى دعوى العيب ليبرهن فيتمكن من الرد وفى الوصى إذا علم بالدين :

لا تحليف مع البرهان إلا فى ثلاث: دعوى دين على ميت واستحقاق مبيع ودعوى آبق .

الإقرار لا يجامع البينة إلا فى أربع : وكالة ووصاية وإثبات دين على ميت واستحقاق عين من مشتر ودعوى الآبق :

لا تحليف على حق مجهول إلا فى ست: إذا اتهم القاضى وصى يتيم ومتولى وقف وفى رهن مجهول ودعوى سرقة وغصب وخيانة مودع .

لا يحلف المدعى إذا حلف المدعى عليه إلا فى مسألة فى دعوى البحر قال : وهى غريبة يجب حفظها أشباه .

حموى (قوله إلا إذا وهب) استثناء منقطع لأنه ليس غريما إلا إذا كان الموهوب عينا مغصوبة ونحوها كان خصما لمدعيها حموى ملخصا (قوله لكونه زائدا) عبارة الأشباه ذايد (قوله لا يجوز للمدعى عليه الإنكار الخ) قال بعض الفضلاء يلحق بهذا مدعى الاستحقاق للمبيع ، فإنه ينكر الحق حتى يثبت ليتمكن من الرجوع على بائعه ولو أقر لا يقدر وأيضا ادعاء الوكالة أو الوصاية وثبوته لا يكون إلا على وجه الخصم الجاحد كما ذكره قاضيخان فإن أنكر المدعى عليه ليكون ثبوت الوكالة والوصاية شرعا صحيحا يجوز فيلحق هذا أيضا بهما ويلحق بالوصى أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين ، فإنه لو أقر بالحق يلزم الكل من حصته ، وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم حموى (قوله دعوى دين على ميت) أجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلف بلا طلب وصى ووارث بالله ما استوفيت دينك منه ، ولا من أحد أداه عنه وما قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئا منه وما أحلت به ولا شىء منه على أحد ولا عندك ، ولا بشىء منه رهن خلاصة فلو حكم القاضى بالدفع قبل الاستحلاف لم ينفذ حكمه وتمامه فى أوائل دعوى الحامدية ، ومرت فى أول كتاب الدعوى تحت قول الماتن ويسأل القاضى المدعى بعد صحتها الخ ومرت فى كتاب القضاء (قوله ودعوى آبق) لعل صورتها فيما إذا ادعى على رجل أن هذا العبد عبدى أبق منى وأقام بينة على أنه عبده فيحلف أيضا لاحتمال أنه باعه تأمل ثم رأيت فى شرح هذا الشرح نقل عن الفتح هكذا : وعبارته : قال فى الفتح يحلف مدعى الآبق مع البينة بالله أنه أبق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة ولا غيرها اهـ (قوله الإقرار لا يجامع البينة) لأنها لا تقام إلا على منكر ذكر هذا الأصل فى الأشباه فى كتاب الإقرار عن الخانية : واستثنى منه أربع مسائل : وهى ما سوى دعوى الآبق وكذا ذكرها قبله فى كتاب القضاء والشهادات ، ولم يذكر الخامسة ، بل زاد غيرها وعبارته لا تسمع البينة على مقر إلا فى وارث مقر بدين على الميت فتقام البينة للتعدى: وفى مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصى وفى مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعا للضرر ، وفى الاستحقاق تقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه ، وفيما لو خوصم الأب بحق عن الصبى فأقر لا يخرج عن الخصومة ، ولكن تقام البينة عليه مع إقراره بخلاف الوصى ، وأمين القاضى إذا أقر خرج عن الخصومة وفيما لو أقر الوارث للموصى له ، فإنها تسمع البينة عليه مع إقراره وفيما لو آجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الأول البينة فإن كان الآخر حاضرا تقبل عليه البينة وإن كان يقر بما يدعى اهـ ملخصا فهى سبع (قوله إلا فى أربع) هى سبع كما فى الحموى والمذكور هنا خمسة (قوله من مشتر) فتقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه كذا ذكره فى الأشباه لكن مع إقراره كيف يكون له الرجوع تأمل (قوله وفى رهن مجهول) كثوب مثلا (قوله فى دعوى البحر)

قلت : وهى ما لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبى مائة وقال الغاصب لم أدر ولكنها لا تبلغ مائة صدق بيمينه وألزم ببيانه فلو لم يبين يحلف على الزيادة ثم يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمته مائة ولو ظهر خير الغاصب بين أخذه أو قيمته فليحفظ والله تعالى أعلم.

كتاب الإقرار

مناسبته أن المدعى عليه إما منكر أو مقر وهو أقرب لغلبة الصدق (هو) لغة الإثبات يقال قر الشىء إذا ثبت وشرعا (إخبار بحق عليه) للغير (من وجه إنشاء من وجه) قيد بعليه لأنه لو كان لنفسه يكون دعوى لا إقرارا.

ثم فرع على كل من الشبهين فقال (فا) لوجه (الأول) وهو الإخبار (صح إقراره بمال مملوك للغير) ومتى أقر بملك الغير (يلزمه تسليمه) إلى المقر له (إذا ملكه)

قبيل قوله ولا ترد يمين على مدع (قوله وهى ما لو قال الخ) ستأتى هذه المسألة فى كتاب الغصب وكتب المحشى هناك على قوله فلو لم يبين فقال : الظاهر أن فى النسخة خللا لأنه إذا لم يبين فما تلك الزيادة التى يحلف عليها أى على نفيها ، وفى ظنى أن أصل النسخة فإن بين يعنى أنه لو بين حلف على نفى الزيادة التى هى أكثر مما بينه ، وأقل مما يدعيه المالك هذا وينبغى أن يقارب في البيان حتى لو بين قيمة فرس بدرهم لا يقبل منه كما تقدم نظيره اهـ . وكتب على قوله هناك ولو حلف المالك أيضا على الزيادة أخذها لم يظهر وجهه فليراجع اهـ (قوله يحلف على الزيادة) أى التى يدعيها المالك (قوله أو قيمته) عطف على الضمير المجرور أى أخذ قيمته .

كتاب الإقرار

(قوله وهو أقرب) أى المقر (قوله إخبار بحق عليه) لعله ينتقض بالإقرار بأنه لا حق له على فلان بالإبراء وإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة سعدية وقد يقال فيه إخبار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة تأمل (قوله إنشاء من وجه) هو الصحيح وقيل : إنشاء وينبنى عليه ما سيأتى ، لكن المذكور فى غاية البيان عن الأستروشنية .

قال الحلوانى : اختلف المشايخ فى أن الإقرار سبب للملك أم لا قال ابن الفضل : لا واستدل بمسألتين : إحداهما : المريض الذى عليه دين إذا أقر بجميع ماله لأجنبى يصح بلا إجازة الوارث ، ولو كان تمليكا لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة : والثانية : أن العبد المأذون إذا أقر لرجل بعين فى يده يصح ولو كان تمليكا يكون تبرعا منه فلا يصح وذكر الجرجانى أنه تمليك واستدل بمسائل منها إن أقر فى المرض لوارثه بدين لم يصح اهـ ملخصا فظهر أن ما ذكره المصنف وصاحب البحر جمع بين الطريقين وكأن وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان تأمل (قوله لأنه لو كان لنفسه) أى على الغير ولو للغير على الغير فهو شهادة (قوله لا إقرارا) ولا ينتقض بإقرار الوكيل والولى ونحوهما لنيابتهم مناب المنوبات شرعا شرح ملتقى (قوله صح إقراره بمال الخ) ويجبر الغاصب على البيان لأنه أقر بقيمة مجهولة وإذا لم يبين يحلف على مايدعى المالك من الزيادة ، فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المالك يحلف أن قيمته مائة ، ويأخذ من الغاصب مائة ، فإذا أخذ ثم ظهر الثوب خير الغاصب بين أخذه أورده ، وأخذ القيمة ؛

برهة من الزمان لنفاذه على نفسه ، ولوكان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك وفى الأشباه أقر بحرية عبد ثم شراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن أو بوقفية دار ثم شراها أو ورثها صارت وقفا مؤاخذة له بزعمه (ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرها) ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف (وصح إقرار المأذون بعين فى يده والمسلم بخمر وبنصف داره مشاعا والمرأة بالزوجية من غير شهود) ولو كان إنشاء لما صح (ولا تسمع دعواه عليه) بأنه أقر له (بشيء) معين (بناء على الإقرار) له بذلك به يفتى لأنه إخبار يحتمل الكذب حتى لو أقر كاذبا لم يحل له لأن الإقرار ليس سببا للملك : نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه بزازية (إلا أن يقول) فى دعواه (هو ملكى) وأقر لى به أو يقول لى عليه كذا وهكذا أقر به فتسمع إجماعا لأنه لم يجعل الإقرار سببا للوجوب : ثم لو أنكر الإقرار هل يحلف ؟ الفتوى أنه لايحلف على الإقرار، بل على المال وأما دعوى الإقرار فى الدفع فتسمع عند العامة (و ل) لوجه (الثانى) وهو الإنشاء (اورد) المقر له (إقراره

وحكى عن الحاكم أبى محمد العبنى : أنه كان يقول ما ذكر من تحليف المغصوب منه وأخذ المائة بقيمتها من الغاصب هذا بالإنكار يصح ، وكان يقول الصحيح فى الجواب أن يجبر الغاصب على البيان ، فإن أبى يقول له القاضى أكان قيمته مائة فإن قال لا يقول : أكان خمسين فإن قال لا يقول له خمسة وعشرين إلى أن ينتهى إلى ما لا تنقص عنه قيمته عرفا وعادة فيلزمه ذلك من متفرقات إقرار التتارخانية (قوله برهة) أى قليلا (قوله ولا يرجع) لاقتصار إقراره عليه فلايتعدى إلى غيره (قوله مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الإكراه والإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب ، فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه منح (قوله لعدم التخلف) أى لعدم صحة تخلف المدلول الوضعى للإنشاء عنه كذا فى الهامش أى فإن الإنشاء لا يتخلف مدلوله عنه (قوله والمسلم بخمر) حتى يؤمر بالتسليم إليه ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح وفى الدرر ، وفيه إشارة إلى أن الخمر قائمة لا مستهلكة إذ لا يجب بدلها للمسلم نص عليه فى المحيط كما فى الشرنبلالية (قوله وبنصف داره) أى القابلة للقسمة (قوله بناء على الإقرار) يعنى إذا ادعى عليه شيئا لأنه أقر له به لا تسمع دعواه ، لأن الإقرار إخبار لا سبب للزوم المقر به على المقر : وقد علل وجوب المدعى به على المقر بالاقرار ، وكأنه قال أطالبه بما لاسبب لوجوبه عليه أو لزومه بإقراره وهذا كلام باطل منح وبه ظهر أن الدعوى بالشيء المعين، بناء على الإقرار كما هو صريح المتن لابالإقرار بناء على الإقرار فقوله بأنه أقر له لا محل له تأمل (قوله لم يحل له) أى للمقر له كذا فى الهامش (قوله ثم لو أنكر الخ) وفى دعوى الدين لو قال المدعى عليه : إن المدعى أقر باستيفائه وبرهن عليه ، فقد قيل إنه لا تسمع ، لأنه دعوى الإقرار فى طرق الاستحقاق إذ الدين يقضى بمثله ففى الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الإقرار فى طرق الاستحقاق فلا تسمع ط ذ جامع الفصولين وفتاوى قدورى كذا فى الهامش والطاء للمحيط ، والذال للذخيرة ومثل ما هو المسطور فى جامع الفصولين فى البزازية وزاد فيها وقيل يسمع لأنه فى الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه ، فكان فى طرف ذكره فى المحيط .

وذكر شيخ الإسلام برهن المطلوب على إقرار المدعى ، بأنه لا حق له فى المدعى أو بأنه ليس بملك له أو ما كانت ملكا له تندفع الدعوى إن لم يقربه لإنسان معروف وكذا لو ادعاه بالإرث ، فبرهن المطلوب على إقرار المورث كما ذكرنا وتمامه فيها كذا فى الهامش (قوله وأما دعوى الإقرار) أى بأن المدعى ملك المدعى عليه وأما دعوى الإقرار بالاستيفاء فقيل لا تسمع قال فى الهامش : واختلفوا أنه هل يصح دعوى الإقرار فى طرق الدفع ، حتى لو أقام المدعى عليه بينة أن المدعي أقر أن هذه العين ملك المدعى عليه هل تقبل قال بعضهم: لاتقبل

ثم قبل لا يصح) ولو كان إخبارا لصح . وأما بعد القبول فلا يرتد بالرد ولو أعاد المقر إقراره فصدقه لزمه لأنه إقرار آخر ثم لو أنكر إقراره الثانى لا يحلف ولا تقبل عليه بينة قال البديع : والأشبه قبولها واعتمده ابن الشحنة وأقره الشرنبلالى (والملك الثابت به) بالإقرار (لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقرله) ولو إخبارا لملكها (أقر حر مكلف) يقظان طائعا (أو عبد) أو صبى أو معتوه (مأذون) لهم إن أقروا بتجارة كإقرار محجور بحد وقود وإلا فبعد عتقه ونائم ومغمى عليه كمجنون وسيجىء السكران ومر المكره (بحق معلوم أو مجهول)صح لأن جهالة المقر به لا تضر إلا إذا بين سببا تضره الجهالة كبيع وإجارة ؛

وأما جهالة المقر فتضر كقوله لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضى عليه إلا إذا جمع

وعامتهم ههنا على أنها تقبل درر (قوله ثم قبل لا يصح) محله فيما إذا كان الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة ، أما إذا كان لهما مثل الشراء والنكاح فلا وهو إطلاق فى محل التقييد ، ويجب أن يقيد أيضا بما إذا لم يكن المقر مصراً على إقراره لما سيأتى من أنه لا شىء له إلا أن يعود إلى تصديقه وهو مصر حموى . وبخط السائحانى عن الخلاصة لو قال لآخر : كنت بعتك العبد بألف فقال الآخر لم أشتره منك فسكت البائع ، حتى قال المشترى فى المجلس أو بعده بلى اشتريته منك بألف ، فهو الجائز وكذا النكاح وكل شىء يكون لهما جميعا فيه حق ، وكل شىء يكون فيه الحق لواحد مثل الهبة والصدقة لا ينفعه إقراره بعد ذلك (قوله فلا يرتد) لأنه صار ملكه ونفى المالك ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح : نعم لو تصادقا على عدم الحق صح لما مر فى البيع الفاسد أنه طلب ربح مال ادعاه على آخر فصدقه على ذلك فأوفاه ثم ظهر عدمه بتصادقهما فانظر كيف التصادق اللاحق نقض السابق ، مع أن ربحه طيب حلال سائحانى (قوله قال البديع) هو شيخ صاحب القنية (قوله الزوائد المستهلكة) يفيد بظاهره أنه يظهر فى حق الزوائد الغير المستهلكة وهو مخالف لما فى الخانية قال رجل فى يده جارية وولدها أقر أن الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد ، ولو أقام بينة على جارية أنها له يستحق أولادها وكذا لو قال : هذا العبد ابن أمتك وهذا الجدي من شاتك لا يكون إقرارا بالعبد وكذا بالجدى فليحرر حموى س وقيد بالمستهلكة فى الاستروشنية ونقله عنها فى غاية البيان (قوله فلا يملكها) شرى أمة فولدت عنده باستيلاده ، ثم استحقت ببينة يتبعها ولدها ، ولو أقر بها لرجل لا والفرق أنه بالبينة يستحقها من الأصل ولذا قلنا إن الباعة يتراجعون فيما بينهم ، بخلاف الإقرار حيث لا يتراجعون ف ثم الحكم بأمة حكم بولدها وكذا الحيوان إذ الحكم حجة كاملة ، بخلاف الإقرار فإنه لم يتناول الولد لأنه حجة ناقصة وهذا لو الولد بيد المدعى عليه فلو فى ملك آخر هل يدخل فى الحكم اختلف المشايخ نور العين فى آخر السابق ففيه مخالفة المفهوم كلام المصنف (قوله أقر حر مكلف) اعلم أن شرطه التكليف والطوع مطلقا والحرية للتنفيذ للحال لا مطلقا : فصح إقرار العبد للحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص ، ويؤخر ما فيه تهمة إلى ما بعد العتق ، والمأذون بما كان من التجارة للحال وتأخر بما ليس منها إلى العتق كإقراره بجناية ومهر موطوءة بلا إذن والصبى المأذون كالعبد فيما كان من التجارة لا فيما ليس منها كالكفالة وإقرار السكران بطريق محظور صحيح إلا فى حد الزنا وشرب الخمر مما يقبل الرجوع وإن بطريق مباح لا منح وانظر العزمية (قوله إن أقروا بتجارة) جوابه قول المصنف الآتى صح أى صح للحال زاد الشمنى أو ما كان من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الإذن دون غيره اه فتال (قوله وقود) أى مما لا تهمة فيه فيصح للحال (قوله وإلا) أى بأن كان مما فيه تهمة (قوله تضره الجهالة) لأن من أقر أنه باع من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا بشىء أو آجر فلانا شيئا لايصح إقراره ولا يجبر المقر على تسليم شىء درر

بين نفسه وعبده فيصح وكذا تضر جهالة المقر له إن فحشت كلواحد من الناس على كذا وإلا لا كلأحد هذين على كذا فيصح ولا يجبر على البيان لجهالة المدعى بحر ونقله فى الدرر لكن باختصار مخل كما بينه عزمى زاده (ولزمه بيان ماجهل) كشيء وحق (بذى قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة وصبى حر لأنه رجوع فلا يصح (والقول للمقر مع حلفه) لأنه المنكر (إن ادعى المقر له أكثر منه) ولا بينة (ولا يصدق فى أقل من درهم فى على مال ومن النصاب) أى نصاب الزكاة فى الأصح اختيار وقيل إن المقر فقيرا فنصاب السرقة وصحح

كذا فى الهامش (قوله بين نفسه وعبده) قال المقدسى هذا فى حكم المعلوم لأن ما على عبده يرجع إليه فى المعنى لكن إنما يظهر هذا فيما يلزمه فى الحال أما ما يلزمه بعد الحرية فهو كالأجنبى فيه فإذا جمعه مع نفسه كان كقوله لك على أو على زيد فهو مجهول لا يصح ذكره الحموى على الأشباه فتال (قوله على كذا) بتشديد الياء (قوله ولا يجبر على البيان) زاد الزيلعى ويؤمر بالتذكر لأن المقر قد نسى صاحب الحق ، وزاد فى غاية البيان أنه يحلف لكل واحد منهما إذا ادعى وفى التاترخانية ، ولم يذكر أنه يستحلف لكل واحد منهما يمينا على حدة بعضهم قالوا نعم. ويبدأ القاضى بيمين أيهما شاء أو يقرع : وإذا حلف لكل لا يخلو من ثلاثة أوجه إن حلف لأحدهما فقط يقضى بالعبد للآخر فقط ، وإن نكل لهما يقضى به وبقيمة الواحد بينهما نصفين ، سواء نكل لهما جملة بأن حلفه القاضى لهما يمينا واحدة أو على التعاقب بأن حلفه لكل على حدة ، وإن حلف فقد برئ عن دعوة كل فإن أرادا أن يصطلحا وأخذ العبد منه لهما ذلك فى قول أبى يوسف الأول ، وهو قول محمد كما قبل الحلف ثم رجع أبو يوسف وقال : لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف قالوا ولا رواية عن أبى حنيفة اهـ .

[فرع] لم يذكر الإقرار العام وذكره فى المنح وصح الإقرار بالعام كما فى يدى من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف بى أو جميع ما ينسب إلى لفلان ، وإذا اختلفا فى عين أنها كانت موجودة وقت الإقرار أولا فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له البينة أنها كانت موجودة فى يده وقته :

واعلم أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار لكنه يرتد برد المقر له صرح به فى الخلاصة ، وكثير من الكتب المعتبرة واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادى وقاضيخان الإقرار للغائب يتوقف على التصديق ثم أجاب عنه . وبحث فى الجواب الرملى :

ثم أجاب عن الإشكال بما حاصله : أن اللزوم غير الصحة ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولى فالمتوقف لزومه لا صحته فالإقرار للغائب لا يلزمه حتى صح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى صح رده وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده وأما الصحة فلا شبهة فيها فى الجانبين بدون القبول (قوله عزمى زاده) وحاصله : أن ما ذكره صاحب الدرر من الجبر إنما هو فيما إذا جهل المقر به لا المقر له لقول الكافى لأنه إقرار للمجهول وهو لا يفيد وفائدة الجبر على البيان إنما تكون لصاحب الحق وهو مجهول (قوله كشيء وحق) ولو قال أردت حق الإسلام لا يصح إن قاله مفصولا وإن موصولا يصح تاترخانية وكفاية (قوله فى على مال) بتشديد الياء (قوله ومن النصاب) معطوف على قوله من درهم وكذا المعطوفات بعده (قوله وقيل إن المقر الخ) قال الزيلعى والأصح أن قوله يبنى على حال المقر فى الفقر والغنى ، فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم وهو فى الشرح متعارض فإن المائتين فى الزكاة عظيم ، وفى السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع إلى حاله ذكره فى النهاية وحواشى الهداية معزيا إلى المبسوط شرنبلالية وذكر فى الهامش عن الزيلعى . وينبغى على قياس ماروى

(فى مال عظيم) لو بينه (من الذهب والفضة ومن خمس وعشرين من الإبل) لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه (ومن قدر النصاب قيمة فى غير مال الزكاة من ثلاثة نصب فى أموال عظام) ولو فسره بغير مال الزكاة اعتبر قيمتها كما مر (وفى دراهم ثلاثة و) فى (دراهم) أو دنانير أو ثياب (كثيرة عشرة) لأنها نهاية اسم الجمع (وكذا درهما درهم) على المعتمد ولو خفضه لزمه مائة وفى دريهم أو درهم عظيم درهم والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة زيلعى (وكذا كذا) درهما (أحد عشر وكذا وكذا أحد وعشرون) لأن نظيره بالواو أحد وعشرون (ولو ثلث بلا واو فأحد عشر) إذ لا نظير له فحمل على التكرار (ومعها فمائة وأحد وعشرون وإن ربع) مع الواو (زيد ألف) ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سدس زيد مائة ألف ولو سبع زيد ألف ألف وهكذا يعتبر نظيره أبدا .

(ولو) قال له (على أو) له (قبلى) فهو (إقرار بدين) لأن على للإيجاب وقبلى للضمان غالبا (وصدق إن وصل به هو وديعة) لأنه يحتمله مجازا (وإن فصل لا) يصدق لتقرره بالسكوت

عن أبي حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر شرنبلالية اه (قوله فى مال عظيم) برفع مال وعظيم (قوله لو بينه) بأن قال مال عظيم من الذهب أو قال من الفضة (قوله ومن خمس وعشرين) أى ولا يصدق فى أقل من خمس وعشرين لو قال مال عظيم من الإبل (قوله ومن قدر النصاب قيمة) بنصب قيمة (قوله ومن ثلاثة نصب) من أى جنس سماه تحقيقا لأدنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم ، وكذا فى كل جنس يريده حتى لو قال من الإبل يجب عليه من الإبل خمس وسبعون كفاية (قوله اعتبر قيمتها) ويعتبر الأدنى فى ذلك للتيقن به زيلعى أى أدنى النصب من حيث القيمة أبو السعود (قوله اسم الجمع) يعنى يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ كما فى الهداية س (قوله وكذا) أى لو قال له على كذا درهما يجب درهم (قوله على المعتمد) لأن ما فى المتون مقدم على الفتاوى شرنبلالية ، وفى التتمة والذخيرة درهمان لأن كذا كناية عن العدد وأقله اثنان إذ الواحد لا يعد ، حتى يكون معه شىء وفى شرح المختار قيل : يلزمه عشرون وهو القياس ، لأن أقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون منح (قوله وكذا كذا درهما) أى بالنصب وبالخفض ثلثمائة وفى كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا عليه من كل أحد عشر ، وفى كذا كذا دينارا ودرهما أحد عشر منهما جميعا ، ويقسم ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير احتياطا ، ولا يعكس لأن الدراهم أقل مالية والقياس خمسة ونصف من كل لكن ليس فى لفظه ما يدل على الكسر غاية البيان ملخصا (قوله واو ثلث) بأن قال كذا كذا كذا درهما (قوله إذ لا نظير له) وما قيل نظيره مائة ألف ألف فسهو ظاهر ، لأن الكلام فى نصب الدرهم وتمييز هذا العدد مجرور ، ولينظر هل إذا جره يلزمه ذلك وظاهر كلامهم لا (قوله ولو خمس زيد الخ) فيه أنه يضم الألف إلى عشرة آلاف (قوله عشرة آلاف) هذا حكاه العينى بلفظ ينبغى لكنه غلط ظاهر ، لأن العشرة آلاف تتركب مع الألف بلا واو فيقال أحد عشر ألفا فتهدر الواو التى تعتبر معه ما أمكن ، وهنا ممكن فيقال أحد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون درهما نعم قوله : ولو سدس الخ مستقيم سائحانى أى بأن يقال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا وأحدوعشرون درهما وكذا لو سبع زيدقبله ألف وماذكره أحسن من قول بعضهم (قوله زيد عشرة آلاف) فيه أنه يضم الألف إلى العشرة آلاف ، فيقال : أحد عشر والقياس لزوم مائة ألف وعشرة آلاف الخ اه لأن أحد وعشرون ألفا أقل من مائة ألف ، وقد أمكن اعتبار الأقل فلا يجب الأكثر ويلزم أيضا اختلال المسائل التى بعده كلها فيقال لوخمس زيد مائة ألف ولو سدس زيد ألف ألف وهكذا بخلافه على ما مر فتدبر (قوله زيد مائة ألف) فيقال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون (قوله أو قبلى) فى بعض النسخ وقبلى

(عندى أو معى أو فى بيتى أو) فى (كيسى أو) فى (صندوق) إقرارا بالـ (أمانة) عملا بالعرف (بجميع مالى أو ما أملكه له) أو له من مالى أو من دراهمى كذا فهو (هبة لا إقرار) ولو عبر بفى مالى أو بفى دراهمى كان إقرارا بالشركة (فلا بد) لصحة الهبة (من التسليم) بخلاف الإقرار، والأصل أنه متى أضاف المقر به إلى ملكه كان هبة ولا يرد ما فى بيتى لأنها إضافة نسبة لا ملك ، ولا الأرض التى حدودها كذا لطفلى فلان فإنه هبة وإن لم يقبضه ، لأنه فى يده إلا أن يكون مما يحتمل القسمة ، فيشترط قبضه

(قوله عندى أو معى) كأنه فى عرفهم كذلك أما العرف اليوم فى عندى ومعى للدين لـكن ذكروا علة أخرى تفيد عدم اعتبار عرفنا . قال السائحانى نقلا عن المقدسى ، لأن هذه المواضع محل العين لا الدين إذ محله الذمة والعين يحتمل أن تـكون مضمونة وأمانة والأمانة أدنى ، فحمل عليها والعرف يشهد له أيضا فإن قيل : لو قال على مائة وديعة دين أو دين وديعة لا تثبت الأمانة مع أنها أقلهما أجيب : بأن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين ، فإذا اجتمعا فى الإقرار يترجح الدين اهـ أى بخلاف اللفظ الواحد المحتمل لمعنيين (قوله بالشركة) قال المقدسى ثم إن كان متميزا فوديعة وإلا فشركة سائحانى، فكان عليه أن يقول أو بالوديعة (قوله بخلاف الإقرار) فإنه لو كان إقرارا لايحتاج إلى التسليم (قوله متى أضاف) ينبغى تقييده بما إذا لم يأت بلفظ فى كما يعلم مما قبله (قوله المقر به) بضم الميم وفتح القاف وتشديد الراء (قوله كان هبة) لأن قضية الإضافة تنافى حمله على الإقرار الذى هو إخبار لا إنشاء ، فيجعل إنشاء فيكون هبة فيشترط فيه ما يشترط فى الهبة منح إذا قال : اشهدوا أنى قد أوصيت لفلان بألف ، وأوصيت أن لفلان فى مالى ألفا فالأولى وصية ، والأخرى إقرار : وفى الأصل : إذا قال فى وصيته سدس دارى لفلان فهو وصية ولو قال : لفلان سدس فى دارى فإقرار ، لأنه فى الأول جعل له سدس دار جميعها مضاف إلى نفسه وإنما يكون ذلك بقصد التمليك ، وفى الثانى : جعل دار نفسه ظرفا للسدس الذى كان لفلان وإنما تـكون داره ظرفا لذلك السدس إذا كان السدس مملوكا لفلان قبل ذلك فيكون إقرارا . أما لو كان إنشاء لا يكون ظرفا لأن الدار كلها له ، فلا يكون البعض ظرفا للبعض ، وعلى هذا إذا قال له ألف درهم من مالى فهو وصية استحسانا إذا كان فى ذكر الوصية وإن قال : فى مالى فهو إقرار اهـ : من النهاية أول كتاب الوصية فقول المصنف فهو هبة أى إن لم يكن فى ذكر الوصية ، وفى هذا الأصل خلاف كما ذكره فى المنح وسيأتى فى متفرقات الهبة عن البزازية وغيرها الدين الذى لى على فلان لفلان إنه إقرار واستشكله الشارح هناك وأوضحناه ثمة فراجعه (قوله ولا يرد) أى على منطوق الأصل المذكور وقوله ولا الأرض: أى لا يرد على مفهومه وهو أنه إذا لم يضفه كان إقرارا وقوله للإضافة تقديرا علة لقوله ولا الأرض (قوله ما فى بيتى) وكذا ما فى منزلى ويدخل فيه الدواب التى يبعثها بالنهار وتأوى إليه بالليل وكذا العبيد كذلك كما فى التاترخانية أى فإنه إقرار (قوله لأنها إضافة) أى فإنه أضاف الظرف لا المظروف المقر به (قوله ولا الأرض) لاورود لها على ماتقدم إذ الإضافة فيها إلى ملكه : لم نقلها فى المنح عن الخانية على أنها تمليك : ثم نقل عن المنتقى نظيرتها على أنها إقرار ، وكذا نقل عن القنية ما يفيد ذلك حيث قال : إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه فى الإقرار ، وإن أطلق فإقرار كما فى سدس دارى وسدس هذه الدار ، ثم نقل عنها ما يخالفه :

ثم قال قلت : بعض هذه الفروع يقتضى التسوية بين الإضافة وعدمها فيفيد أن فى المسألة خلافا ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض : لأن كونه فى يده قبض فلا فرق بين الإقرار والتمليك بخلاف الأجنبى ولو كان فى مسألة الصغير شىء مما يحتمل القسمة ظهر الفرق بين الإقرار والتمليك فى حقه أيضا لافتقاره إلى القبض مفرزا اهـ :

مفرزا للإضافة تقديرا بدليل قول المصنف : أقر لآخر بمعين ولم يضفه لكن من المعلوم لكثير من الناس أنه ملكه فهل يكون إقرارا أو تمليكا ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التمليك فراجعه :

(قال لى عليك ألف فقال أتزنه أو أنتقده أو أجلنى به أو قضيتك إياه أو أبرأتنى منه أو تصدقت به على أو وهبته لى أو أحلتك به على زيد) ونحو ذلك (فهو إقرار له بها)

ثم قال : وهنا مسألة كثيرة الوقوع وهي ما إذا أقر لآخر الخ ماذكره الشارح مختصرا :

وحاصله : أنه اختلف النقل فى قوله الأرض التى حدودها كذا لطفلى هل هو إقرار أو هبة ، وأفاد أنه لا فرق بينهما إلا إذا كان فيها شيء مما يحتمل القسمة ، فتظهر ثمرة الاختلاف فى وجوب القبض وعدمه ، وكان مراد الشارح الإشارة إلى أن ما ذكره المصنف آخرا يفيد التوفيق بأن يحمل قول من قال : إنها تمليك على ما إذا كانت معلومة بين الناس أنها ملكه ، فتكون فيها الإضافة تقديرا وقول من قال : إنها إقرار على ما إذا لم تكن كذلك فقوله ولا الأرض أى ولا ترد مسألة الأرض التى الخ على الأصل السابق فإنها هبة أى لو كانت معلومة أنها ملكه للإضافة تقديرا لكن لا يحتاج إلى التسليم كما اقتضاه الأصل لأنها فى يده وحينئذ يظهر دفع الورود تأمل (قوله مفرزا للإضافة) فى بعض النسخ يوجد هنا بين قوله مفرزا وقوله : للإضافة بياض وفى بعضها لفظ اه ، وقدمنا قريبا أن قوله للإضافة علة لقوله ولا الأرض (قوله فهل يكون إقرارا) أقول المفهوم من كلامهم أنه إذا أضاف المقر به أو الموهوب إلى نفسه كان هبة وإلا يحتمل الإقرار والهبة ، فيعمل بالقرائن لكن يشكل على الأول ما عن نجم الأئمة البخارى أنه إقرار فى الحالتين وربما يوفق بين كلامهم ، بأن الملك إذا كان ظاهرا للملك ، فهو تمليك وإلا فهو إقرار إن وجدت قرينة وتمليك إن وجدت قرينة تدل عليه فتأمل : فإنا نجد فى الحوادث ما يقتضيه رملى ، وقال السائحانى : أنت خبير بأن أقوال المذهب كثيرة والمشهور هو ما مر من قول الشارح والأصل الخ : وفى المنح عن السعدى : أن إقرار الأب لولده الصغير بعين ماله تمليك إن أضاف ذلك إلى نفسه فانظر لقوله بعين ماله ولقوله لولده الصغير فهو يشير إلى عدم اعتبار مايعهد بل العبرة للفظ اه :

قلت : ويؤيده ما مر من قوله ما فى بيتى وما فى الخالية جميع ما يعرف بى أو جميع ما ينسب إلى لفلان قال الإسكاف إقرار اه فإن ما فى بيته وما يعرف به وينسب إليه يكون معلوما لكثير من الناس ، أنه ملكه فإن اليد والتصرف دليل الملك ، وقد صرحوا بأنه إقرار وأفتى به فى الحامدية وبه تأيد بحث السائحانى ، ولعله إنما عبر فى مسألة الأرض بالهبة لعدم الفرق فيها بين الهبة والإقرار إذا كان ذلك لطفله ولذا ذكرها فى المنتقى فى جانب غير الطفل مضافة للمقر حيث قال : إذا قال أرضى هذه وذكر حدودها لفلان أو قال الأرض التى حدودها كذا لولدى فلان وهو صغير كان جائزا ويكون تمليكا فتأمل والله أعلم (قوله فهو إقرار له بها) وكذا لا أقضيكها أو والله لا أقضيكها ولا أعطيكها فإقرار : وفى الخانية لا أعطيكها لا يكون إقرارا ولو قال أحل غرماءك على أو بعضهم أو من شئت أو من شئت منهم فإقرار بها مقدسى وفيه قال أعطنى الألف التى لى عليك فقال اصبر أو سوف تأخذها لا وقوله اتزن(١) إن شاء الله إقرار وفى البزازية قوله عند دعوى المال ما قبضت منك بغير حق ، لا يكون إقرارا ولو قال بأى سبب دفعته إلى قالوا يكون إقرارا وفيه نظر اه قدمه إلى الحاكم قبل حلول الأجل وطالبه به ، فله أن يحلف ماله على اليوم شيء وهذا الحلف لا يكون إقرارا وقال الفقيه لا يلتفت إلى قول من

---

(١) قوله (وقوله اتزن الخ) لعل صوابه اتزنها كما هى عبارة البزازية وحينئذ فلا إشكال اه .

لرجوع الضمير إليها فى كل ذلك عزمى زاده ، فكان جوابا وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء ، فإن كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شىء : أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق (وبلا ضمير) مثل اتزن الخ وكذا نتحاسب أوما استقرضت من أحد سواك أو غيرك أو قبلك أو بعدك (لا) يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور فكان كلاما مبتدأ ، والأصل أن كل ما يصلح جوابا لا ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك اختيار وهذا إذا كان الجواب مستقلا فلو غير مستقل كقوله : نعم كان إقرارا مطلقا حتى لو قال أعطنى ثوب عبدى هذا ، أو افتح لى باب دارى هذه أو جصص لى دارى هذه أو أسرج دابتى هذه أو أعطنى سرجها أو لجامها فقال نعم كان إقرارا منه بالعبد والدار والدابة كافى (قال أليس لى عليك ألف فقال بلى فهو إقرار له بها وإن قال نعم لا) وقيل نعم لأن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية كذا فى الجوهرة والفرق أن بلى جواب الاستفهام المنفى بالإثبات ونعم جوابه بالنفى (والإيماء بالرأس) من الناطق (ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر) وأمان كافر وإشارة محرم لصيد والشيخ برأسه فى رواية الحديث والطلاق فى أنت طالق هكذا وأشار بثلاث إشارة الأشباه ويزاد اليمين كحلفه لا يستخدم فلانا أو لا يظهر سره أو لا يدل عليه وأشار حنث عمادية فتحرر بطلان إشارة الناطق إلا فى تسع فليحفظ (وإن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له حاوله) لزمه الدين (حالا) وعند الشافعى رضى الله عنه مؤجلا بيمينه (كإقراره بعبد فى يده أنه لرجل وأنه استأجره منه) فلا يصدق فى تأجيل وإجارة لأنه دعوى بلا حجة (و) حينئذ (يستحلف المقر له فيهما بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فكذبه فى صفتها) حيث (يلزمه ما أقر به فقط) لأن السود نوع والأجل عارض لثبوته بالشرط والقول للمقر فى النوع ٧ وللمنكر فى العوارض (كإقرار الكفيل بدين مؤجل) فإن القول له فى الأجل لثبوته فى كفالة المؤجل بلا شرط (وشراؤه) أمة

جعله إقرارا سائحانى وفى العينى عن الكافى زيادة ، ونقله الفتال وذكر فى المنح جملة منها فراجعها (قوله لرجوع الضمير إليها) فكأنه قال أتزن الألف التى لك على (قوله على سبيل الاستهزاء) أى بالقرائن (قوله إلى المذكور) أى انصرافا متعينا وإلا فهو محتمل (قوله والأصل أن كل ما يصلح الخ) كالألفاظ المارة وعبارة الكافى بعدهذا كما فى المنح فإن ذكر الضمير صلح جوابا لا ابتداء وإن لم يذكره لا يصلح جوابا أو يصلح جوابا وابتداء فلا يكون إقرارا بالشك (قوله جوابا) ومنه ما إذا تقاضاه بمائة درهم فقال قضيتكها أو أبرأتنى (قوله لا للبناء) أى على كلام سابق بأن يكون جوابا عنه (قوله وهذا) أى التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه كما يستفاد مما نقلناه قبل (قوله مطلقا) أى ذكر الضمير كقوله نعم هو على أو لم يذكره كما مثل (قوله لا يستخدم فلانا) أى فأشار إلى خدمته كذا فى الهامش ويأتى فى الشرح (قوله إلا فى تسع) ينبغى أن يزاد تعديل الشاهد من العالم بالإشارة فإنها تكفى كما قدمناه فى الشهادات فتال :

[فرع ذكره فى الهامش] ادعى بعض الورثة بعد الاقتسام دينا على الميت يقبل ، ولا يكون الاقتسام إبراء عن الدين لأن حقه غير متعلق بالغير ، فلم يكن الرضا بالقسمة إقرارا بعدم التعلق ، بخلاف ما إذا ادعى بعد القسمة عينا من أعيان التركة حيث لا تسمع ، لأن حقه متعلق بعين التركة صورة ومعنى فانتظمت القسمة بانقطاع حقه عن التركة صورة ومعنى ، لأن القسمة تستدعى عدم اختصاصه به بزازية اه (قوله بلا شرط) فالأجل فيها نوع فكانت الكفالة المؤجلة أحد نوعى الكفالة ، فيصدق لأن إقراره بأحد النوعين لا يجعل إقرارا بالنوع الآخر غاية البيان وقد مرت المسألة فى الكفالة عند قوله لك مائة درهم إلى شهر (قوله وشراؤه أمة

(متنقبة إقرار بالملك للبائع كثوب في جراب وكذا الاستيام والاستيداع) وقبول الوديعة بحر (والإعارة والاستيهاب والاستئجار ولو من وكيل) فكل ذلك إقرار بملك ذى اليد فيمنع دعواه لنفسه ولغيره بوكالة أو وصاية للتناقض بخلاف إبرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما لعدم التناقض ذكره فى الدرر قبيل الإقرار وصححه فى الجامع خلافا

متنقبة الخ) وفى البزازية علل لذلك بقوله والضابط أن الشىء إن كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لا يقبل إلا إذا صدقه المدعى عليه فى عدم معرفته إياها فيقبل وإن كان مما لا يعرف كثوب في منديل أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لايرى منها شىء يقبل ولهذا اختلفت أقاويل العلماء اه ويظهر لى أن الثوب فى الجراب كهو فى المنديل سائحانى (قوله كثوب) أى كشراء ثوب فى جراب (قوله وكذا الاستيام) انظر جامع الفصولين ، ونور العين فى الفصل العاشر وحاشية الفتال ؛

[فرع ذكره فى الهامش] رجل قال لآخر : لى عليك ألف درهم فقال له المدعى عليه : إن حلفت أنها مالك علىّ دفعتها إليك ، فحلف المدعى ، ودفع المدعى عليه الدراهم قالوا : إن أدى الدراهم بحكم الشرط الذى شرط فهو باطل وللدافع أن يسترد منه لأن الشرط باطل خالية (قوله والإعارة) الأولى أن يقال الاستعارة كما فى جامع الفصولين فى العاشر كذا فى الهامش ؛

[فرع] فى الهامش : شراه فشهد رجل على ذلك وختم ، فهو ليس بتسليم يريد به أنه إذا شهد بالشراء أى كتب الشهادة فى صك الشهادة ، وختم على صك الشهادة ثم ادعاه صح دعواه ، ولم تكن كتابة الشهادة إقرارا بأنه للبائع وهذا لأن الإنسان يبيع مال غيره كمال نفسه والشهادة بالبيع لا تدل على صحته جامع الفصولين فى الرابع عشر (قوله ذكره فى الدرر) الضمير راجع إلى المذكور متنا من قوله وكذا الخ سوى الإجارة ، وإلى المذكور شرحا فجميع ذلك مذكور فيها والضمير فى قوله وصححه فى الجامع الخ راجع إلى ما فى المتن فقط يدل عليه قول المصنف فى المنح ، وممن صرح بكونه إقرارا منلا خسرو . وفى النظم الوهبانى لعبد البر خلافه ؛

ثم قال : والحاصل أن رواية الجامع أن الاستيام والاستئجار والاستعارة ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه ، والمستأجر منه ورواية الزيادات أنه لا يكون ذلك إقرارا بالملكية وهو الصحيح ، كذا فى العمادية وحكى فيها اتفاق الروايات على أنه لا ملك للمساوم ، ونحوه فيه وعلى هذا الخلاف ينبغى صحة دعواه ملكا لما ساوم فيه لنفسه(١) أو لغيره اه ، وإنما جزمنا هنا بكونه إقرارا أخذا برواية الجامع الصغير والله تعالى أعلم اه . قال السائحانى : ويظهر لى أنه إن أبدى عذرا يفتى بما فى الزيادات من أن الاستيام ونحوه ، لا يكون إقرارا : وفى العمادية وهو الصحيح وفى السراجية أنه الأصح ، قال الأنقروى والأكثر على تصحيح ما فى الزيادات وأنه ظاهر الرواية (قوله وصححه فى الجامع) أى جامع الفصولين وهذه رواية الجامع للإمام محمد والضمير فى صححه لكونه إقرارا بالملك لذى اليد قال فى الشرنبلالية ، كون هذه الأشياء إقرارا بعدم الملك للمباشر متفق عليه وأما كونها إقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان ، على رواية الجامع يفيد الملك لذى اليد وعلى رواية الزيادات لا ، وهو الصحيح كذا فى الصغرى : وفى جامع الفصولين صحح رواية إفادته الملك فاختلف التصحيح للروايتين ، ويبتنى على عدم إفادته ملك المدعى عليه جواز دعوى المقر بها لغيره اه ونقل السائحانى عن الأنقروى أن الأكثر على تصحيح ما فى الزيادات ، وأنه ظاهر الرواية اه ؛

قلت : فيفتى به لترجحه لكونه ظاهر الرواية وإن اختلف التصحيح ؛

---

(١) (قوله لنفسه الخ) الصواب إسقاطها إذ لا وجه لصحة الدعوى لنفسه بعد اتفاق الروايات على أنه لا ملك للمساوم ونحوه اه

لتصحيح الوهبانية ووفق شارحها الشرنبلالى بأنه إن قال : بعنى هذا كان إقرارا وإن قال : أتبيع لى هذا لايؤيده مسألة كتابته وختمه ، على صك البيع فإنه ليس بإقرار بعدم ملكه (و) له على (مائة ودرهم كلها دراهم) وكذا المكيل والموزون استحسانا (وفى مائة وثوب ومائة وثوبان يفسر المائة) لأنها مبهمة (وفى مائة وثلاثة أثواب كلها ثياب) خلافا للشافعى رضى الله عنه :

قلنا : الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف التفسير إليهما لاستوائهما فى الحاجة إليه (والإقرار بدابة فى اصطبل تلزمه) الدابة (فقط) والأصل أن ما يصلح ظرفا إن أمكن نقله لزماه وإلا لزم المظروف فقط خلافا لمحمد ، وإن لم يصلح لزم الأول فقط كقوله درهم فى درهم .

قلت : ومفاده أنه لو قال دابة فى خيمة

[تتمة] الاشتراء(١) من غير المدعى عليه فى كونه إقرارا بأنه لاملك للمدعى كالاشتراء من المدعى عليه حتى لو برهن يكون دفعاً ، قال فى جامع الفصولين بعد نقله عن الصغرى أقول : ينبغى أن يكون الاستيداع وكذا الاستيعاب ونحوه كالاستشراء ؞

[مهمة] قال فى البزازية : ومما يجب حفظه هنا أن المساومة إقرار بالملك للبائع أو بعدم كونه ملكا ضمنا لا قصدا ، وليس كالإقرار صريحا بأنه ملك البائع والتفاوت يظهر فيما إذا وصل إلى يده يؤمر بالرد إلى البائع فى فصل الإقرار الصريح ، ولا يؤمر فى فصل المساومة ، وبيانه اشترى متاعا من إنسان وقبضه ، ثم إن أبا المشترى استحقه بالبرهان من المشترى وأخذه ثم مات الأب ، وورثه الابن المشترى لايؤمر برده إلى البائع ، ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع فى يد المشترى هذا بالإرث ولو أقر عند البيع بأنه ملك البائع ثم استحقه أبوه من يده ثم مات الأب وورثه الابن المشترى لا يرجع على البائع ، لأنه فى يده بناء على زعمه بحكم الشراء لما تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اه ذكره فى الفصل الأول من كتاب الدعوى ، وفيه فروع جمة كلهامهمة فراجعه (قوله لتصحيح الوهبانية) أى فى مسألة الاستيام (قوله لا) بل يكون استفهاما وطلب إشهاد على إقراره بارادة بيع ملك القائل فيلزمه بعد ذلك شرنبلالية (قوله فإنه ليس بإقرار) أى فما هنا أولى أو مساو . قال فى الهامش : وإن رأى المولى عبده يبيع عينا من أعيان المولى ، فسكت لم يكن إذنا وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن ، فسكت لم يبطل الرهن ؞ وروى الطحاوى عن أصحابنا المرتهن إذا سكت كان رضا بالبيع ، ويبطل الرهن خانية من كتاب المأذون (قوله والموزون) كقوله مائة وقفيز كذا أو رطل كذا ولو قال له نصف درهم ودينار وثوب ، فعليه نصف كل منها وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية ، لأن الكلام كله وقع بغير عينه أو بعينه ، فينصرف النصف إلى الكل بخلاف ما لو كان بعضه غير معين كنصف هذا الدينار ودرهم يجب الدرهم كله ؞ قال الزيلعى : وعلى تقدير خفض الدرهم مشكل :

وأقول : لا إشكال على لغة الجوار على أن الغالب على الطلبة عدم التزام الأعراب سائحانى أى فضلا عن العوام ، ولكن الأحوط الاستفسار ، فإن الأصل براءة الذمة فلعله قصدالجر تأمل (قوله كلها ثياب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأردفهما بالتفسير فصرف إليهما لعدم العاطف منح (قوله بحرف العطف) بأن يقول مائة وأثواب ثلاثة كما فى مائة وثوب (قوله إن أمكن نقله) كتمر فى قوصرة (قوله خلافا لمحمد) فعنده لزماه جميعا لأن غصب غير المنقول مقصور عنده زيلعى (قوله فى خيمة) فيه أن الخيمة لا تسمى ظرفا(٢) حقيقة والمعتبر كونه ظرفا

---

(١) (قوله الاشتراء الخ) لعل صوابه الاستشراء وكذا مابعده بقرينة عبارة جامع الفصولين اه .

(٢) (قوله فيه أن الخيمة لاتسمى ظرفا الخ) غير مسلم نعم هى لاتسمى ظرفا عرفا وكذا الاصطبل لايسمى ظرفا فى العرف وإن كان يسمى ظرفا حقيقة والمعتبر إنما هو التسمية الحقيقية كما قال فافهم اه .

لزماه ولو قال ثوب فى درهم لزمه الثوب ولم أره فيحرر (وبخاتم) تلزمه (حلقته وفصه) جميعا (وبسيف جفنه وحمائله ونصله وبحجلة) بحاء فجيم بيت مزين بستور وسرر (العيدان والكسوة وبتمر فى قوصرة أو بطعام فى جوالق أو) فى (سفينة أو ثوب فى منديل أو) فى (ثوب يلزمه الظرف كالمظروف) لما قدمناه (ومن قوصرة) مثلا (لا) تلزمه القوصرة ونحوها (كثوب فى عشرة وطعام فى بيت) فيلزمه المظروف فقط لما مر إذ العشرة لاتكون ظرفا لواحد عادة (وبخمسة فى خمسة وعنى) معنى على أو (الضرب خمسة) لما مر وألزمه زفر بخمسة وعشرين (وعشرة إن عنى مع) كما مر فى الطلاق

حقيقة كما فى المنح (قوله لزماه) لأن الإقرار بالغصب إخبار عن نقله . ونقل المظروف حال كونه مظروفا لا يتصور إلا بنقل الظرف ، فصار إقرارا بغصبهما ضرورة ، ورجع فى البيان إليه لأنه لم يعين هكذا قرر فى غاية البيان وغيرها هنا وفيما بعده وظاهره قصره على الإقرار بالغصب ، ويؤيده ما فى الخانية له على ثوب أو عبد صح ، ويقضى بقيمة وسط عند أبى يوسف وقال محمد : القول له فى القيمة اه وفى البحر والأشباه لايلزمه شىء اه ولعله قول الإمام : فهذا يدل على أن ما هنا قاصر على الغصب ، وإلا لزمه القيمة أو لم يلزمه شىء ، ثم رأيته فى الشرنبلالية عن الجوهرة حيث قال : إن أضاف ما أقر به إلى فعل بأن قال غصبت منه تمرا فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة والإبل ذكره ابتداء وقال على تمر فى قوصرة فعليه التمر دون القوصرة لأن الإقرار قول والقول بتمييزه البعض(١) دون البعض كما لو قال بعت له زعفرانا فى سلة اه ولله الحمد . ولعل المراد بقوله فعليه التمر قيمته تأمل (قوله لزمه الثوب) هو ظاهر ويدل عليه ما يأتى متنا وهو ثوب فى منديل أو فى ثوب فإن ماهنا أولى وفى غاية البيان ولو قال : غصبتك كذا فى كذا والثانى لا يكون وعاء(٢) للأول لزماه ، وفيها ولو قال على درهم فى قفيز حنطة لزمه الدرهم فقط ، وإن صلح القفيز ظرفا بيانه ما قاله خواهر زاده أنه أقر بدرهم فى الذمة ، وما فيها لا يتصور أن يكون مظروفا فى شىء آخر اه ويظهر لى أن هذا فى الإقرار ابتداء ، أما فى الغصب فيلزمه الظرف أيضا كما فى غصبته درهما فى كيس ، بناء على ما قدمناه ويفيده التعليل وعلى هذا التفصيل درهم فى ثوب تأمل (قوله جفنه) بفتح الجيم أى غمده (قوله وحمائله) أى علاقته : قال الأصمعى : لا واحد لها من لفظها وإنما واحدها محمل عينى (قوله فى قوصرة) بالتشديد وقد تخفف مختار (قوله وطعام فى بيت) الأصل فى جنس هذه المسائل أن الظرف إن أمكن أن يجعل ظرفا حقيقة ينظر . فإن أمكن نقله لزماه وإن لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق فى غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق ، لأنه أقر بغصب تام إذ هو مطلق ، فيحمل على الكمال : وعند محمد لزماه جميعا لأن غصب المنقول(٣) منصور عنده ، وإن لم يمكن أن يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه إلا الأول كقولهم : درهم فى درهم لم يلزمه الثانى لأنه لا يصلح أن يكون ظرفا منح كذا فى هامش (قوله لا تكون ظرفا) خلافا لمحمد لأنه يجوز أن يلف الثوب النفيس فى عشرة أثواب منح ، كذا فى الهامش (قوله خمسة) لأن أثر الضرب فى تكثير الأجزاء لا فى تكثير المال درر كذا فى الهامش . وفى الولوالجية إن عنى بعشرة فى عشرة الضرب فقط أو الضرب بمعنى تكثير الأجزاء فعشرة وإن نوى بالضرب تكثير العين لزمه مائة سائحانى (قوله وعشرة إن عنى مع) وفى البيانية على درهم

---

(١) قوله (والقول بتمييزه البعض الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها وانظر مامعناه تأمل اه مصححه .

(٢) (قوله والثانى لايكون وعاء) لعل الأول مما لايكون تأمل اه .

(٣) (قوله لأن غصب المنقول الخ) لعل صوابه زيادة غير تأمل اه .

(ومن درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشر تسعة) لدخول الغاية الأولى ضرورة إذ لا وجود لما فوق الواحد بدونه بخلاف الثانية وما بين الحائطين فلذا قال (و) فى له (كر حنطة إلى كر شعير لزماه) جميعا (إلا قفيزا) لأنه الغاية الثانية (ولو قال له على عشرة دراهم إلى عشرة دنانير يلزمه الدراهم وتسعة دنانير) عند أبى حنيفة رضى الله عنه لما مر نهاية (وفى) له (من دارى مابين هذا الحائط إلى هذا الحائط له مابينهما) فقط لما مر (وصح الإقرار بالحمل المحتمل وجوده وقته) أى وقت الإقرار بأن تلد لدون نصف حول لو مزوجة أو لدون حولين لو معتدة لثبوت نسبه (ولو) الحمل (غير آدمى) ويقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة زيلعى :

لكن فى الجوهرة أقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر وأقلها لبقية الدواب ستة أشهر (و) صح (له إن بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للمحل (كالإرث والوصية) كقوله مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان يجوز وإلا

مع درهم أو معه درهم لزماه وكذا قبله أو بعده ، وكذا درهم فدرهم أو ودرهم بخلاف درهم على درهم أو قال درهم درهم لأن الثانى تأكيد وله علىّ درهم فى قفيز برّ لزمه درهم ، وبطل القفيز كعكسه وكذا له فرق زيت فى عشرة مخاتيم حنطة ودرهم ثم درهمان لزمه ثلاثة ودرهم بدرهم واحد لأنه للبداية اه ملخصا :

وفى الحاوى القدسى : له على مائة ونيف لزمه مائة والقول له فى النيف ، وفى قريب من ألف عليه أكثر من خمسمائة والقول له فى الزيادة وفى الهامش لو قال أردت خمسمائة مع خمسمائة(١) لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله قال تعالى — فادخلى فى عبادى — قيل مع عبادى فإذا احتمله اللفظ ، ولو مجازا ونواه صح لا سيما إذا كان فيه تشديد على نفسه كما عرف فى موضعه درر اه (قوله تسعة عند أبى حنيفة) وقالا يلزمه عشرة وقال زفر ثمانية وهو القياس ، لأنه جعل الدرهم الأول والآخر حدا والحد لا يدخل فى المحدود ، ولهما أن الغاية يجب أن تكون موجودة إذ المعدوم لا يجوز أن يكون حدا للموجود ووجوده يوجبه فتدخل الغايتان ، وله أن الغاية لا تدخل ، لأن الحد يغاير المحدود لكن هنا لا بد من إدخال الأولى ، لأن الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الأولى فدخلت الآية الأولى ضرورة ولا ضرورة فى الثانية درر كذا فى الهامش (قوله بخلاف الثانية) أى الغاية الثانية (قوله إلا قفيزا) من شعير وعندهما كران منح كذا فى الهامش (قوله لما مر) أى من أن الغاية الثانية لا تدخل لعدم الضرورة :

واعلم أن المراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور ، فالغاية فى إلى عشرة وفى إلى ألف الفرد الأخير ، وهكذا على ما يظهر لى . قال المقدسى : ذكر الاتقانى عن الحسن أنه لو قال من درهم إلى دينار لم يلزمه الدينار . وفى الأشباه على من شاة إلى بقرة لا يلزمه شىء سواء كان بعينه أولا ورأيت معزيا لشرحها . قال أبو يوسف : إذا كان بغير عينه فهما عليه ولو قال ما بين درهم إلى درهم فعليه درهم عند أبى حنيفة ودرهمان عند أبى يوسف سائحانى (قوله لما مر) من أن الغاية الثانية لا تدخل ، وأن الأولى تدخل للضرورة أى ولا ضرورة هنا تأمل وعلل له فى البرهان كما فى الشرنبلالية بقيامهما بأنفسهما (قوله وصح الإقرار بالحمل) سواء كان حمل أمة أو غيرها بأن يقول حمل أمتى أو حمل شاتى لفلان ، وإن لم يبين له سببا لأن لتصحيحه وجها ، وهو الوصية من غيره كأن أوصى رجل بحمل شاة مثلا لآخر ومات فأقر ابنه بذلك فحمل عليه (قوله المحتمل) أى والمتيقن بالأولى ولعل الأولى أن يقول المتيقن وجوده شرعا (قوله لثبوت نسبه) فيكون حكما بوجوده (قوله لكن فى الجوهرة) الاستدراك على ما تضمنه الكلام السابق من الرجوع إلى أهل الخبرة إذ لا يلزم فيما ذكر (قوله وصح له) أى للحمل

---

(١) (قوله أردت خمسمائة مع خمسمائة الخ) لعل صوابه خمسة مع خمسة ليناسبْ قوله لزمه عشرة تأمل اه .

فلا كما يأتي (فإن ولدته حيا لأقل من نصف حول) مذ أقر (فله ما أقر وإن ولدت حيين فلهما) لصفين ولو أحدهما ذكرا والآخر أنثى فكذلك فى الوصية بخلاف الميراث (وإن ولدت ميتا فـ) يرد (لورثة) ذلك (الموصى والمورث) لعدم أهلية الجنين (وإن فسره ؛) ما لا يتصور كهبة أو (بيع أو إقراض أو أبهم الإقرار) ولم يبين سببا (لغا) وحمل محمد المبهم على السبب الصالح ، وبه قالت الثلاثة (و) أما (الإقرار للرضيع) فإنه (صحيح وإن بين) المقر (سببا غير صالح منه حقيقة كالإقراض) أو ثمن مبيع لأن هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير فى الجملة أشباه ؛

(أقر بشيء على أنه بالخيار) ثلاثة أيام (لزمه بلا خيار) لأن الإقرار إخبار ، فلا يقبل الخيار (وإن) وصلية (صدقه المقر له) فى الخيار لم يعتبر تصديقه (إلا إذا أقر بعقد) بيع (وقع بالخيار له) فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن فلذا قال (إلا أن يكذبه المقر له) فلا يصح لأنه منكر والقول له (كإقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار فى مدة ولو) المدة (طويلة) أو قصيرة فإنه يصح إذا صدقه لأن الكفالة عقد أيضا بخلاف ما مر لأنها أفعال لا تقبل الخيار زيلعى (الأمر بكتابة الإقرار إقرار حكما)(١) فإنه كما يكون باللسان يكون بالبنان فلو قال للصكاك : اكتب خط إقرارى بألف على أو اكتب ببيع دارى أو طلاق امرأتى(٢) صح كتب أم لم يكتب وحل للصكاك أن يشهد إلا فى حد وقود خانية وقد منا فى الشهادات عدم اعتبار مشابهة الخطين

المحتمل وجوده وقت الإقرار ، بأن جاءت به لدون نصف حول أو لسنتين وأبوه ميت إذ لو جاءت به لسنتين وأبوه حى ووطء الأم له حلال فالإقرار بالحمل(٣) لأنه محال بالعلوق إلى أقرب الأوقات فلا يثبت الوجود وقت الإقرار لا حقيقة ولا حكما بيانية وكفاية (قوله بخلاف الميراث) فإنه فيه للذكر مثل حظ الأنثيين (قوله فإنه صحيح) لأن الإقرار لا يتوقف على القبول ، ويثبت الملك للمقر له من غير تصديق لكن بطلانه يتوقف على الإبطال كما فى الأنقروى سائحانى والفرق بينه وبين الحمل سيذكره الشارح (قوله فى الجملة) أى بأن يعقد مع وليه بخلاف الحمل فإنه لا يلى عليه أحد (قوله لم يعتبر) ينبغى أن يقول ، فإنه لم يعتبر لأن أن وصلية فلا جواب لها ح (قوله أو قصيرة) الأولى حذفها كما لا يخفى ح (قوله لأنها أفعال) لأن الشيء المقر به قرض أو غصب أو وديعة أو عارية (قوله بكتابة الإقرار) بخلاف أمره بكتابة الإجارة ، وأشهد ولم يجز عنه لا تنعقد أشباه (قوله يكون بالبنان) بالباء الموحدة والنون ومقتضى كلامه أن مسألة المتن من قبيل الإقرار بالبنان ، والظاهر أنها من قبيل الإقرار باللسان بدليل قوله كتب أم لم يكتب ، وبدليل ما فى المنح عن الخانية حيث قال : وقد يكون الإقرار بالبنان كما يكون باللسان رجل كتب على نفسه ذكر حق بحضرة قوم أو أملى على إنسان ليكتب ، ثم قال اشهدوا على بهذا لفلان كان إقرارا اهـ فإن ظاهر التركيب أن المسألة الأولى مثال للاقرار بالبنان والثانية للإقرار باللسان فتأمل ح .

[فرع] ادعى المديون أن الدائن كتب على قرطاس بخطه أن الدين الذى لى على فلان بن فلان أبرأته عنه صح

---

(١) (قول المصنف إقرار حكما) إنما لم يكن إقرارا حقيقة لأن الأمر إنشاء والإقرار إخبار ، فلا يكونان متحدين حقيقة بل المراد أن الأمر بكتابة الإقرار إذا حصل حصل الإقرار اهـ ح عن الدرر اهـ ط .

(٢) (قول الشارح أو طلاق امرأتى الخ) وجدت بهامش من خط بعض المشايخ مانصه اختلفوا فيما لو أمر الزوج بكتابة الصك بطلاق امرأته فقيل هو إقرار به فيقع ، وقيل هو توكيل فلا يقع ، حتى يكتب وبه يفتى فى زماننا وهو الصحيح وقيل : لايقع وإن كتب إلا إذا نوى الطلاق كذا فى القنية اهـ .

(٣) (قوله فالإقرار بالحمل الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها وليتأمل اهـ مصححه .

وسقط الدين ، لأن الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به ، وإن لم يكن كذلك لايصح الإبراء ولا دعوى الابراء ، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بطلب الدائن أو لابطلبه بزازية من آخر الرابع عشر من الدعوى ، وفى أحكام الكتابة من الأشباه إذا كتب ولم يقل شيئا لا تحل الشهادة قال القاضى النسفى : إن كتب مصدرا يعنى كتب فى صدره أن فلان بن فلان له على كذا أو أما بعد فلفلان على كذا يحل للشاهد أن يشهد وإن لم يقل اشهد على به ، والعامة على خلافه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ، ولو كتب وقرأه عندالشهود وإن لم يشهدهم(١) ولو كتب عندهم وقال اشهدوا على بما فيه إن علموا بما فيه كان إقرارا وإلا فلاوذكر القاضى ادعى على آخر مالاوأخرج خطا وقال : إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر كونه خطه ، فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد ، لايحكم عليه بالمال فى الصحيح ، لأنه لايزيد على أن يقول هذا خطى ، وأنا حررته لكن ليس على هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا إلا فى دفتر السمسار والبياع والصراف اه وقدمنا شيئا من الكلام عليها فى باب كتاب القاضى وفى أثناء كتاب الشهادات ومثله فى البزازية :

وقال السائحانى وفى المقدسى عن الظهيرية لو قال : وجدت فى كتابى أن له على ألفا أو وجدت فى ذكرى أو فى حسابى أو بخطى أو قال كتبت بيدى أن له على كذا كله باطل ، وجماعة من أئمة بلخ قالوا فى دفتر البياع إن ما وجد فيه بخط البياع فهو لازم عليه ، لأنه لا يكتب إلا ما على الناس له وما للناس عليه صيانة عن النسيان ، والبناء على العادة الظاهرة واجب اه :

فقد استفدنا من هذا أن قول أئمتنا لايعمل بالخط يجرى على عمومه واستثناء دفتر السمسار والبياع لايظهر بل الأولى أن يعزى إلى جماعة من أئمة بلخ ، وأن يقيد بكونه فيما عليه ، ومن هنا يعلم أن رد الطرسوسى العمل به مؤيد بالمذهب فليس إلى غيره لذهب : وانظر ما قدمناه فى باب كتاب القاضى إلى القاضى (قوله أحد الورثة) وإن صدقوا جميعا لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة آلاف فاقتسموها وأخذ كل واحد ألفا ، فادعى رجل على أبيهم ثلاثة آلاف فصدقه الأكبر فى الكل والأوسط فى الألفين والأصغر فى الألف أخذ من الأكبر ألفا(٢) ومن الأوسط خمسة أسداس الألف ، ومن الأصغر ثلث ألف عند أبى يوسف وقال محمد فى الأصغر والأكبر كذلك والأوسط يأخذ الألف ووجه كل فى الكافى :

[تنبيه] لو قال المدعى عليه عند القاضى كل ما يوجد فى تذكرة المدعى بخطه فقد التزمته ليس بإقرار ،

---

(١) (قوله ولو كتب وقرأ عند الشهود وإن لم يشهدهم) هكذا فى النسخة المجموع منها بدون ذكر جواب لو وليحرر اه ، مصححه .

(٢) (قوله أخذ من الأكبر ألفا الخ) وجه ماقاله أبو يوسف أن الكل اتفقوا على الألف فيؤخذ من يد كل واحد منهم ثلثه وحينئذ يكون قد وصل إليه كل ماأقر به الأصغر ثم اتفق الأوسط والأكبر على ألف آخر فيؤخذ من كل واحد منهما نصفه فيبقى فى يد الأوسط سدس الألف فهو له إذ قد وصل إليه كل ماأقر به ذلك الأوسط وبقى فى يد الأكبر سدس الألف فيأخذه الدائن لأنه مقر أن الدين مستغرق التركة ولا إرث له. ووجه قول محمد أن الأصغر يزعم أن المدعى يدعى ثلاثة آلاف ألفا بحق وألفين بغير حق فإذا أخذ من الأكبر ألفا فقد أخذ ثلث الألف بحق والثلثين بدونه والأوسط يزعم أن الدعوى حق فى ألفين وكذب فى ألف فيكون قد أخذ من الأكبر ثلثى الألف بحق وثلثه بدونه فعلى زعم الأصغر يكون قد بقى من دعوى المدعى الحق ثلثا ألف وعلى زعم الأوسط ألف وثلث فقد اتفقا على ثلثى ألف الذى هو زعم الأصغر فيؤخذ من كل واحد نصف مااتفقا عليه وهو ثلث الألف فيبقى للدائن من إقرار الأوسط ثلثا ألف وذلك فى يده فيدفعه إليه فلم يبق فى يده شىء اه من كافى النسفى ببعض تغيير .

أقر بالدين) المدعى به على مورثه وجحده الباقون (يلزمه) الدين (كله) يعنى إن وفى ماورثه به برهان وشرح مجمع (وقيل حصته) واختاره أبو الليث دفعا للضرر ، ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت وبهذا علم أنه لا يحل الدين فى نصيبه

لأنه قيده بشرط لايلائمه فإنه ثبت عن أصحابنا رحمهم الله أن من قال : كل ما أقر به على فلان فأنا مقر به فلا يكون إقرارا لأنه يشبه وعدا كذا فى المحيط شرنبلالية :

فى رجل كان يستدين من زيد ويدفع له ثم تحاسبا على مبلغ دين لزيد بذمة الرجل، وأقر الرجل بأن ذلك آخر كل قبض وحساب ، ثم بعد أيام يريد نقض ذلك وإعادة الحساب فهل ليس له ذلك الجواب ؟ نعم لقول الدرر لا عذر لمن أقر سائحانى :

وفيها فى شريكى تجارة حسب لهما جماعة الدفاتر فتراضيا وانفصل المجلس وقد ظنا صواب الجماعة فى الحساب ، ثم تبين الخطأ فى الحساب لدى جماعة أخرى ، فهل يرجع للصواب ؟ الجواب : نعم لقول الأشباه لاعبرة بالظن البين خطؤه :

فى شريكى عنان تحاسبا ثم افترقا بلا إبراء أو بقيا على الشركة ثم تذكر أحدهما أنه كان أوصل لشريكه أشياء من الشركة غير ما تحاسبا عليه فأنكر الآخر ولا بينة ، فطلب المدعى يمينه على ذلك فهل له ذلك لأن اليمين على من أنكر الجواب نعم اهـ (قوله أقر بالدين) سيأتى فى الوصايا قبيل باب العتق فى المرض (قوله وقيل حصته) عبر عنه بقيل لأن الأول ظاهر الرواية كما فى فتاوى المصنف ، وسيجىء أيضا وهذا بخلاف الوصية لما فى جامع الفصولين : أحد الورثة لو أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه وفاقا ، وفى مجموعة منلاعلى عن العمادية فى الفصل التاسع والثلاثين أحد الورثة إذا أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه بالاتفاق ، وإذا مات وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم ، فأخذ كل ابن ألفا فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد الابنين(١) فالقياس أن يؤخذ منه ثلاثة أخماس ما فى يده ، وهو قول زفر : وفى الاستحسان يؤخذ منه ثلث ما فى يده ، وهو قول علمائنا رحمهم الله. لنا أن المقر أقر بألف شائع فى الكل ثلث ذلك فى يده وثلثاه فى يد شريكيه ، فما كان إقرارا فيما فى يده يقبل ، وما كان إقرارا فى يد غيره لا يقبل فوجب أن يسلم إليه أى إلى الموصى له ثلث ما فى يده اهـ (قوله ولو شهد هذا المقر مع آخر) وفى جامع الفصولين ح : ينبغى للقاضى أن يسأل المدعى عليه هل مات مورثك فإن قال : نعم يسأله عن دعوى المال ، فلو أقر وكذبه بقية الورثة ولم يقض بإقراره حتى شهد هذا المقر وأجنبى معه يقبل ويقضى على الجميع وشهادته بعد الحكم عليه بإقراره لا تقبل ، ولو لم يقم البينة أقر الوارث أو نكل ففى ظاهر الرواية يؤخذ كل الدين من حصة المقر لأنه مقر بأن الدين مقدم على إرثه وقال ث : هو القياس ولكن المختار عندى أن يلزمه ما يخصه ، وهو قول الشعبى والحسن البصرى ومالك وسفيان وابن أبى ليلى وغيرهم ممن تابعهم . وهذا القول أعدل وأبعد من الضرر به ، ولو برهن لا يؤخذ منه إلا ما يخصه وفاقا انتهى: بقى ما لو برهنا على أحد الورثة بدينه بعد قسمة التركة : فهل للدائن أخذه كله من حصة الحاضر قال المصنف فى فتاواه : واختلفوا فيه ، فقال بعضهم ؟ نعم : فإذا حضر الغائب يرجع عليه : وقال بعضهم لا يأخذ منه إلا ما يخصه اهـ ملخصا :

وفى جامع الفصولين أيضا : وكذا لو برهن الطالب على هذا المقر تسمع البينة عليه كما فى وكيل قبض العين

---

(١) قوله (أحد الابنين) هكذا بالأصل المجموع منه ولعله أحد البنين وليحرر اهـ مصححه .

بمجرد إقراره بل بقضاء القاضى عليه بإقراره فلتحفظ هذه الزيادة درر :
(أشهد على ألف فى مجلس وأشهد رجلين آخرين فى مجلس آخر) بلا بيان السبب (لزم) المالان (ألفان) كما اختلف السبب بخلاف ما لو اتحد السبب أو الشهود أو أشهد على صك واحد أو أقر عند الشهود ثم عند القاضى أو بعكسه ابن ملك والأصل أن المعرف أو المنكر إذا أعيد معرفا كان الثانى عين الأول أومنكرا فغيره ولو نسى الشهود أفى موطن أو موطنين فهما مالان ما لم يعلم اتحاده وقيل واحد وتمامه فى الخانية :
(أقر

لو أقر من عنده العين أنه وكيل بقبضها لايكفى إقراره ، ويكلف الوكيل إقامة البينة على إثبات الوكالة حتى يكون له قبض ذلك فكذا هنا اه (قوله بمجرد إقراره) ولوكان الدين يحل فى لصيبه بمجرد الإقرار ما قبلت شهادته لما فيه من دفع المغرم عنه باقانى ودرر كذا فى الهامش (قوله أشهد على ألف الخ) لقل المصنف فى المنح عن الخانية روايتين عن الإمام ليس ما فى المتن واحدة منهما إحداهما أن يلزمه المالان إن أشهد فى المجلس الثانى عين الشاهدين الأولين ، وإن أشهد غيرهما كان المال واحدا وأخراهما أنه إن أشهد على كل إقرار شاهدين يلزمه المالان جميعا سواء أشهد على إقراره الثانى الأولين أو غيرهما اه فلزوم المالين إن أشهد فى مجلس آخر آخرين ليس واحدا مما ذكر ولقل فى الدرر عن الإمام الأولى وأبدل الثانية بما ذكره المصنف متابعة له واعترضه فى العزمية بما ذكرنا وأنه ابتداع قول ثالث غير مسند إلى أحد ولا مسطور فى الكتب (قوله فى مجلس آخر) بخلاف ما لو أشهد أولا واحدا وثانيا آخر فى موطن أو موطنين فالمال واحد اتفاقا وكذا لو أشهد على الأول واحدا وعلى الثانى أكثر فى مجلس آخر فالمال واحد عندهما وكذا عنده على الظاهر منح (قوله لزم ألفان) واعلم أن تكرار الإقرار لا يخلو إما أن يكون مقيدا بسبب أو مطلقا. والأول على وجهين : إما بسبب متحد ، فيلزم مال واحد ، وإن اختلف المجلس أو بسبب مختلف فمالان مطلقا ، وإن كان مطلقا فإما بصك أولا والأول على وجهين : إما بصك واحد فالمال واحد مطلقا ، أو بصكين فمالان مطلقا ، وأما الثانى فإن كان الإقرار فى موطن واحد يلزم مالان عنده وواحد عندهما ، وإن كان فى موطنين ، فإن أشهد على الثانى شهود الأول فمال واحد عنده إلا أن يقول المطلوب هما مالان وإن أشهد غيرهما فالان وفى موضع آخر عنه على عكس ذلك ، وهو إن اتحد المشهود فمالان عنده ،وإلا فواحد عندهما. وأما عنده فاختلف المشايخ منهم من قال القياس على قوله مالان وفى الاستحسان مال واحد وإليه ذهب السرخسى ومنهم من قال على قول الكرخى مالان وعلى قول الطحاوى واحد وإليه ذهب شيخ الإسلام اه ملخصا من التاترخانية وكل ذلك مفهوم من الشرح ، وبه ظهر أن ما فى المتن رواية منقولة وأن اعتراض العزمية على الدرر مردود حيث جعله قولا مبتدعا غير مسطور فى الكتب بستندا إلى أنه فى الخانية حكى فى المسألة روايتين الأولى لزوم مالين إن اتحد الشهود ، وإلا فالثانية لزوم مالين إن أشهد على كل إقرار شاهدين اتحدا أولا وقد أوضح المسألة فى الولوالجية فراجعها (قوله كما لو اختلف السبب) ولو فى مجلس واحد فى البزازية جعل الصفة كالسبب حيث قال : إن أقر بألف بيض ثم بألف سود فمالان ولو ادعى المقر له اختلاف السبب ، وزعم المقر اتحاده أو الصك أو الوصف فالقول للمقر ولو اتحد السبب والمال الثانى أكثر يجب المالان ، وعندهما يلزم الأكثر سائحانى (قوله اتحد السبب) بأن قال له على ألف ثمن هذا العبد ثم أقر بعده كذلك فى المجلس أو فى غيره منح (قوله أو الشهود) هذا ماذهب إليه السرخسى كما علمته مما مر (قوله ثم عند القاضى) وكذا لو كان كل عند القاضى فى مجلس ط (قوله والأصل أن المعرف) كالإقرار بسبب متحد (قوله أو المنكر) كالسببين وكالمطلق عن السبب (قوله ولو نسى الشهود) فى صورة تعدد الإشهاد (قوله وتمامه فى الخانية) ونقلها فى المنح (قوله أقر) أى بدين أو غيره كما

ثم ادعى) المقر (أنه كاذب فى الإقرار يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذبا فى إقراره) عند الثانى وبه يفتى درر (وكذا) الحكم يجرى (لو ادعى وارث المقر) فيحلف (وإن كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم) بالعلم أنا لا نعلم أنه كان كاذبا صدر الشريعة :

فى آخر الكنز (قوله ثم ادعى) ذكر المسألة فى الكنز فى شتى الفرائض (قوله وبه يفتى) وهو المختار بزازية وظاهره أن المقر إذا ادعى الإقرار كاذبا يحلف المقر له ، أو وارثه على المفتى به من قول أبى يوسف مطلقا ، سواء كان مضطرا إلى الكذب فى الإقرار أولا . قال شيخنا : وليس كذلك لما سيأتى فى مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف أقر بمال فى صك وأشهد عليه به ثم ادعى أن بعض هذا المال المقر به قرض وبعضه ربا الخ حيث نقل الشارح عن شرح الوهبانية للشرنبلالى ما يدل على أنه إنما يفتى بقول أبى يوسف : من أنه يحلف له أن المقر ما أقر كاذبا فى صورة يوجد فيها اضطرار المقر إلى الكذب فى الإقرار كالصورة التى تقدمت ونحوها ، كذا فى حاشية مسكين للشيخ محمد أبى السعود المصرى ، وفيه أنه لا يتعين الحمل على هذا لأن العبارة هناك فى هذا ونحوه فقوله ونحوه يحتمل أن يكون المراد به كل ما كان من قبيل الرجوع بعد الإقرار مطلقا ، ويدل عليه مابعده من قوله وبه جزم المصنف فراجعه (قوله فيحلف) أى المقر له وقال بعضهم : إنه لا يحلف بزازية والأصح التحليف حامدية عن صدر الشريعة . وفى جامع الفصولين : أقر فمات فقال ورثته إنه أقر كاذبا فلم يجز إقراره والمقر له عالم به ليس لهم تحليفه إذ وقت الإقرار لم يتعلق حقهم بمال المقر فصح الإقرار وحيث تعلق حقهم(١) صار حقا للمقر له ص :

أقر ومات فقال ورثته إنه أقر تلجئة حلف المقر له بالله لقد أقر لك إقرارا صحيحا ط .

وارث ادعى أن مورثه أقر تلجئة قال بعضهم : له تحليف المقر له ولو ادعى أنه أقر كاذبا لا يقبل قال فى نور العين يقول الحقير : كان ينبغى أن يتحد حكم المسألتين ظاهرا إذ الإقرار كاذبا موجود فى التلجئة أيضا ، ولعل وجه الفرق هو أن التلجئة أن يظهر أحد شخصين أو كلاهما فى العلن خلاف ما تواضعا عليه فى السر ففى دعوى التلجئة يدعى الوارث على المقر له فعلا له وهو تواضعه مع المقر فى السر ، فلذا يحلف بخلاف دعوى الإقرار كاذبا كما لا يخفى على من أوتى فهما صافيا اه من أواخر الفصل الخامس عشر .

ثم اعلم أن دعوى الاقرار كاذبا إنما تسمع إذا لم يكن(٢) إبراء عاما فلو كان لا تسمع لكن للعلامة ابن نجيم رسالة : فى امرأة أقرت فى صحتها لابنتها فلانة بمبلغ معين ثم وقع بينهما تبارؤ عام ثم ماتت فادعى الوصى أنها كاذبة ، فأفتى بسماع دعواه وتحليف البنت ، وعدم صحة الحكم قبل التحليف لأنه حكم بخلاف المفتى به وأن الابراء هنا لا يمنع ، لأن الوصى يدعى عدم لزوم شىء بخلاف ما إذا دفع المقر المال المقر به إلى المقر له فإنه ليس له تحليف المقر له لأنه يدعى استرجاع المال والبراءة مانعة من ذلك أما فى الأولى فإنه لم يدع استرجاع شىء وإنما يدفع عن نفسه فافترقا ، والله أعلم :

---

(١) (قوله وحيث تعلق حقهم الخ) فى العبارة تحريف وأصلها وحيث تعلق حقهم لم يتعلق بما صار حقا للمقر له أى وقت تعلق حقهم لم يكن للمقر له حق فيما تعلق به حقهم لما أن حقه تعلق بشىء قبل موت مورثهم لاينزل استحقاقهم عليه اه .

(٢) (قوله إذا لم يكن الخ) أى الإقرار إبراء عاما ، قال شيخنا فعلى هذا لو قال لاحق لى عليك ثم ادعى الكذب فى هذه المقالة لاتسمع دعواه وهو غير ظاهر الوجه اه .

باب الاستثناء وما فى معناه

فى كونه مغيراً كالشرط ونحوه

(هو) عندنا (تكلم بالباقى بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفى وإثبات باعتبار الأجزاء) فالقائل له علىّ عشرة إلا ثلاثة له عبارتان مطوّلة وهى ما ذكرناه ومختصرة وهى أن يقول ابتداء له علىّ سبعة وهذا معنى قولهم تكلم بالباقى بعد الثنيا أى بعد الاستثناء (وشرط فيه الاتصال) بالمستثنى منه (إلا لضرورة كنفس أو سعال أو أخذ فم) به يفتى (والنداء بينهما لا يضر) لأنه للتنبيه والتأكيد (كقوله لك علىّ ألف درهم يا فلان إلا ع·ة بخلاف لك على ألف فاشهدوا إلا كذا ونحوه) مما يعد فاصلا لأن الإشهاد يكون بعد تمام الإقرار فلم يصح الاستثناء (فمن استثنى بعض ما أقر به صح) استثناؤه ولو الأكثر عند الأكثر (ولزمه الباقى) ولو مما لا يقسم كهذا العبد لفلان إلا ثلثه أو ثلثيه صح على المذهب (و) الاستثناء (المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية) لأن استثناء الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد هو الصحيح جوهرة وهذا (إن كان) الاستثناء (ب) عين (لفظ الصدر أو مساويه) كما يأتى (وإن بغيرهما كعبيدى أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالما وغانما وراشدا) ومثله نسائى طوالق إلا هؤلاء أو إلا زينب وعمرة وهند (وهم الكل صح) الاستثناء وكذا ثلث مالى لزيد إلا ألفا والثلث ألف صح فلا يستحق شيئا إذ الشرط إيهام البقاء لا حقيقته حتى لو طلقها ستا إلا أربعا صح ووقع ثنتان (كما صح استثناء الكيلى والوزنى والمعدود الذى لا تتفاوت آحاده كالفلوس والجوز من الدراهم والدنانير ويكون المستثنى القيمة) استحسانا لثبوتها فى الذمة فكانت كالثمنين (وإن استغرقت) القيمة (جميع ما أقر به) لاستغراقه بغير المساوى (بخلاف) له علىّ (دينار إلا مائة درهم لاستغراقه بالمساوى) فيبطل لأنه استثنى الكل بحر :

باب الاستثناء وما فى معناه

(قوله تكلم بالباقى) أى معنى لا صورة درر (قوله بعد الثنيا) بضم فسكون وفى آخره ألف مقصورة اسم من الاستثناء سائحانى (قوله لأنه للتنبيه) أى تنبيه المخاطب، وتأكيد الخطاب ، لأن المنادى هو المخاطب ومفاده لو كان المنادى غير المقر له يضر ونقل عن الجوهرة ولم أره فيها لكن قال فى غاية البيان ولو قال لفلان على ألف درهم يا فلان إلا عشرة كان جائزا لأنه أخرجه مخرج الإخبار لشخص خاص ، وهذا صيغته فلا يعد فاصلا اه تأمل وفى الولوالجية لأن النداء لتنبيه المخاطب وهو محتاج إليه لتأكيد الخطاب والإقرار فصار من الإقرار اه (قوله ولو الأكثر) أى أكثر من النصف كذا فى الهامش (قوله لفظ الصدر) كعبيدى أحرار إلا عبيدى (قوله مساويه) كقوله إلا مماليكى (قوله وإن بغيرهما) بأن يكون أخص منه فى المفهوم لكن فى الوجوب يساويه (قوله إيهام البقاء) أى بحسب صورة اللفظ لأن الاستثناء تصرف لفظى ، فلا يضر إهمال المعنى (قوله ووقع ثنتان) وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا إلا أربعا فكان اعتبار اللفظ أولى عناية (قوله كما صح) فصله عما قبله لأنه بيان للاستثناء من خلاف الجنس ، فإن مقدرا من مقدر صح عندهما استحسانا ، وتطرح قيمة المستثنى مما أقر به وفى القياس لا يصح وهو قول محمد وزفر وإن غير مقدر من مقدر لا يصح عندنا قياسا واستحسانا خلافا للشافعى فى نحو مائة درهم إلا ثوبا غاية البيان ، لكن حيث لم يصح هذا الاستثناء يجبر على البيان ، ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء ذكره فى الشرنبلالية عن قاضى زاده (قوله لثبوتها) أى هذه المذكورات (قوله فكانت كالثمنين) لأنها بأوصافها أثمان حتى لو عينت تعلق العقد

لكن فى الجوهرة وغيرها على مائة درهم إلا عشرة دنانير وقيمتها مائة أو أكثر لايلزمه شىء فيحرر (وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجا نحو له على ألف درهم إلا مائة) درهم (أو خمسين) درهما فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح بحر (وإذا كان المستثنى مجهولا ثبت الأكثر نحو له على مائة درهم إلا شيئا أو) إلا (قليلا أو) إلا (بعضا لزمه أحد وخمسون) لوقوع الشك فى المخرج فيحكم بخروج الأقل (ولو وصل إقراره بإن شاء الله تعالى) أو فلان أو علقه بشرط على خطر لابكائن كإن مت فإنه ينجز(١)

بعينها ولو وصفت ولم تتعين صار حكمها كحكم الدينار كفاية (قوله لكن فى الجوهرة) ومثله فى الينابيع ، ونقله قاضى زاده على الذخيرة كما فى الشرنبلالية وفيها قال الشيخ على عشر دراهم إلا دينارا وقيمته أكثر أو الاكثر بر كذلك إن مشينا على أن استثناء الكل بغير لفظه صحيح ينبغى أن يبطل الاقرار لكن ذكر فى البزازية ما يدل على خلافه قال على دينار إلا مائة درهم بطل الاستثناء لأنه أكثر من الصدر ما فى هذا الكيس من الدراهم لفلان إلا ألفا ينظر إن فيه أكثر من ألف ، فالزيادة للمقر له والألف للمقر وإن ألف أو أقل فكلها للمقر له لعدم صحة الاستثناء .

قلت : ووجهه ظاهر بالتأمل اه .

قلت : فكان ينبغى للمصنف أن يمشى على ما فى الجوهرة حيث قال فيما قبله وإن استغرقت تأمل (قوله فيحرر) الظاهر أن فى المسألة روايتين مبنيتين على أن الدراهم والدنانير جنس واحد أو جنسان ح (قوله مخرجا) بالبناء للمفعول (قوله فيلزمه تسعمائة الخ) لأنه ذكر كلمة الشك فى الاستثناء فيثبت أقلهما وهذه رواية أبى سليمان وفى رواية أبى حفص يلزمه تسعمائة قالوا : والأول أصح كا كى ، وصحح قاضيخان فى شرح الزيادات الثانى ، وهو الموافق لقواعد المذهب كما فى الرمز حموى وكتب السائحانى على الأول هذا ظاهر على مذهب الشافعى من أنه خروج بعد دخول ، وأما على مذهبنا من أن التركيب مفاده مفرد ، فكأنه قال له تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فنوجب التسعمائة ، لأنها أقل حتى إنهم قالوا ثمرة الخلاف تظهر فى مثل هذا التركيب ، فعندنا يلزمه الأقل لأنه لما كان تكلما بالباقى بعد الثنيا شككنا فى المتكلم به والأصل فراغ الذمم وعند الشافعى لما دخل الألف صار الشك فى المخرج فيخرج الأقل زيلعى وصححه قاضيخان اه وتعبيرهم بقولهم قالوا والأول أصح يفيد التبرى تأمل (قوله فى المخرج) بالبناء للمفعول (قوله بخروج الأقل) وهو ما دون النصف ، لأن استثناء الشىء استثناء الأقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم لأن أدنى ما تتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم (قوله أو فلان) ولو شاء لا تلزمه ولوالجية (قوله على خطر) كإن حلفت فلك ما ادعيت به ، فلو حلف لا يلزمه ولو دفع بناء على أنه يلزمه فله استرداده كما فى البحر فى فصل صلح الورثة ، وقيد فى البحر التعليق على خطر بأن لم يتضمن دعوى الأجل قال : وإن تضمن كإذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه للحال ، ويستحلف المقر له فى الأجل اهـ تأمل وفى البحر أيضا : ومن التعليق المبطل له ألف إلا أن يبدو لى غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم وكذا اشهدوا أن له على كذا فيما أعلم (قوله فإنه ينجز) أى فى تعليقه بكائن لأنه ليس تعليقا حقيقة بل مراده به أن

---

(١) (قول الشارح ينجز) تبع فيه المصنف وهو تبع صاحب البحر . قال الحموى نقلا عن الشارح : ولو قال : اشهدوا أن له على ألفا إن مت فهو عليه مات أو عاش وليس هذا تعليقا لأن موته كائن لامحالة، ومراده أن يشهدهم لتبرأ ذمته ويشهدوا بعد موته إن جحد الورثة فرجعه إلى تأكيد الإقرار اه ومنه يعلم أن قوله فى البحر وإن بشرط كائن فمنجز كمل ألف درهم إن مت لزمه قبل الموت منظور فيه . ولقائل أن يقول إن قوله إن مت فى عبارة الشارح يحتمل رجوعه إلى الإقرار لاإلى الشهادة ويجاب بأن تصرف العاقل —

(بطل إقراره) بقى لو ادعى المشيئة هل يصدق؟ لم أره وقدمنا فى الطلاق أن المعتمد لا فليكن الإقرار كذلك لتعلق حق العبد قاله المصنف (وصح استثناء البيت من الدار لا استثناء البناء) منهما الدخوله تبعا فكان وصفا وامتثناء الوصف لايجوز (وإن قال بناؤها لى وعرصتها لك فكما قال) لأن العرصة هى البقعة لا البناء حتى لو قال : وأرضها لك كان له البناء أيضا لدخوله تبعا إلا إذا قال بناؤها لزيد والأرض لعمرو فكما قال (و) استثناء (فص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية

يشهدهم لتبرأ ذمته بعد موته إن جحد الورثة فهو عليه مات أو عاش ليكن قدم فى متفرقات البيع أنه يكون وصية (قوله بطل إقراره) على قول أبى يوسف أن التعليق بالمشيئة إبطال . وقال محمد : تعليق بشرط لا يوقف عليه والثمرة تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله أنت طالق عند أبى يوسف لا يقع لأنه إبطال . وقال محمد يقع لأنه تعليق فإذا قدم الشرط ، ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط كفاية ولو جرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد وكان قصده إيقاع الطلاق لا يقع لأن الاستثناء موجود حقيقة والكلام معه لا يكون إيقاعا عينى (قوله لو ادعى المشيئة) أى ادعى أنه قال إن شاء الله تعالى ح (قوله قاله المصنف) قال الرملى فى حواشيه : أقول : الفقه يقتضى أنه إذا ثبت إقراره بالبينة لا يصدق إلا ببينة ، أما إذا قال ابتداء أقررت له بكذا مستثنيا فى إقرارى يقبل قوله بلا بينة كأنه قال له عندى كذا إن شاء الله تعالى بخلاف الأول لأنه يريد إبطاله بعد تقرره تأمل اهـ (قوله لدخوله تبعا) ولهذا لو استحق البناء فى البيع قبل القبض لا يسقط شىء من الثمن بمقابله بل يتخير المشترى بخلاف البيت تسقط حصته من الثمن (قوله وإن قال بناؤها الخ) قال فى الذخيرة: واعلم أن هذه خمس مسائل وتخريجها على أصلين . الأول : أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار بعده والدعوى بعد الاقرار فى بعض ما دخل تحت الإقرار لا تصح : والثانى : أن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا غيره إذا عرفت هذا فنقول إذا قال بناؤها لى وأرضها لفلان إنما كان لفلان لأنه أولا ادعى البناء وثانيا أقر به لفلان تبعا للأرض ، والاقرار بعد الدعوى صحيح ، وإذا قال أرضها لى وبناؤها لفلان فكما قال ، لأنه أولا ادعى البناء لنفسه تبعا ، وثانيا أقر به لفلان والإقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه أو إذا قال أرضها لفلان وبناؤها لى فهما لفلان ، لأنه أولا أقر له بالبناء تبعا وثانيا ادعاه لنفسه والدعوى بعد الاقرار فى بعض ما تناوله الإقرار لا تصح ، وإذا قال أرضها لفلان وبناؤها لفلان آخر فهما للمقر له الأول ، لأنه أولا أقر بالبناء له تبعا للأرض، وبقوله وبناؤها لفلان آخر يصير مقرا على الأول والإقرار على الغير لا يصح ، وإذا قال بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر فكما قال لأنه أولا أقر بالبناء للأول وثانيا صار مقرا على الأول بالبناء للثانى فلا يصح كفاية ملخصا (قوله فكما قال) وكذا لو قال بياض هذه الأرض لفلان وبناؤها لى (قوله هى البقعة) فقصر الحكم عليها يمنع دخول الوصف تبعا (قوله فص الخاتم) انظر ما فى الحامدية عن الذخيرة (قوله ونخلة البستان) إلا أن يستثنيها بأصولها لأن أصولها دخلت فى الاقرار قصدا لا تبعا: وفى الخانية بعد ذكر الفص والنخلة وحلية السيف قال : لا يصح الاستثناء وإن كان موصولا إلا أن يقيم المدعى البينة على ما ادعاه لكن فى الذخيرة لو أقر بأرض أودار لرجل دخل البناء والأشجار حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم تقبل بينته اهـ : إلا أن يحمل على كونه مفصولا لا موصولا كما أشار لذلك فى الخانية سائحانى (قوله وطوق الجارية)

= يصانان من العبث وذلك أى صونه بجعله شرطا للشهادة، فلو قال المقر : أردت تعليق الإقرار ورضى بالإلغاء كلامه قلنا تعلق حق المقر له يمنع ذلك كما فى الرمز اهـ مختصرا .

قلت : بقى لو كان الكلام من أول الأمر بصورة صاحب البحر أى بدون ذكر الشهادة والظاهر اللزوم حالا كما قال لتعلق حق المقر له ولا يجعل وصية وقد استفيد هذا من قوله فلو قال المقر أردت الخ اهـ ط .

كالبناء) فيما مر (وإن قال) مكلف (له على ألف من ثمن عبد ما قبضته) الجملة صفة عبد وقوله (موصولا) بإقراره حال منها ذكره فى الحاوى فليحفظ (وعينه) أى عين العبد وهو فى يد المقر له (فإن سلمه إلى المقر لزمه الألف وإلا لا) عملا بالصفة (وإن لم يعين) العبد (لزمه) الألف (مطلقا) وصل أم فصل وقوله ما قبضته لغو لأنه رجوع (كقوله من ثمن خمر أو خنزير أو مال قمار أو حر أو ميتة أو دم) فيلزمه مطلقا (وإن وصل) لأنه رجوع (إلا إذا صدقه أو أقام بينة) فلا يلزمه (ولو قال له على ألف درهم حرام أو ربا فهى لازمة مطلقا) وصل أم فصل لاحتمال حله عند غيره (ولو قال زورا أو باطلا لزمه إن كذبه المقر له وإلا) بأن صدقه (لا) يلزمه (والإقرار بالبيع تلجئة) هى أن يلجئك أن تأتى أمرا باطنه على خلاف ظاهره فإنه (على هذا التفصيل) إن كذبه لزم البيع وإلا لا (ولو قال له على ألف درهم زيوف) ولم يذكر السبب (فهى كما قال على الأصح) بحر (ولو قال له على ألف) من ثمن متاع أو قرض وهى زيوف مثلا لم يصدق مطلقا لأنه رجوع ولو قال (من غصب أو وديعة إلا أنها زيوف أو نبهرجة صدق مطلقا) وصل أم فصل (وإن قال ستوقة أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا) لأنها دراهم مجازا (وصدق) بيمينه (فى غصبته) أو أودعنى (ثوبا إذا جاء بمعيب) ولا بينة (و) صدق (فى له على ألف) ولو من ثمن متاع مثلا (إلا أنه ينقص كذا) أى الدراهم وزن خمسة لا وزن سبعة (متصلا وإن فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة (ولو قال) لآخر (أخذت منك ألفا وديعة فهلكت فى يدى بلا تعد وقال الآخر بل) أخذتها منى (غصبا ضمن) المقر لإقراره بالأخذ وهو سبب الضمان (وفى) قوله أنت (أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته منى (لا) يضمن بل القول له لإنكاره الضمان (وفى هذا كان وديعة) أو قرضا لى (عندك فأخذته) منك

استشكل بأنهم نصوا أنه لا يدخل معها تبعا إلا المعتاد للمهنة لا غيره كالطوق إلا أن يحمل على أنه لا قيمة له كثيرة .

أقول : ذاك فى البيع لأنها وما عليها للبائع أما هنا لما أقر بها ظهر أنها للمقر له والظاهر منه أن ماعليها لمالكها فيتبعها ولو جليلا تأمل (قوله فيما مر) أى من أنه لا يصح (قوله له على ألف) قيد به لأنه لوقال ابتداء: اشتريت منه مبيعا إلا أنى لم أقبضه قبل قوله كما قبل قول البائع بعته هذا ولم أقبض الثمن والمبيع فى يد البائع لأنه منكر قبض المبيع أو الثمن والقول للمنكر ، بخلاف ما هنا لأن قوله ما قبضته بعد قوله له على كذا رجوع فلا يصح أفاده الرملى (قوله حال منها) أى من الجملة (قوله فإن سلمه) لعلهم أرادوا بالتسليم هنا الإحضار أو يخص هذا من قولهم يلزم المشترى تسليم الثمن أولا لأنه ليس ببيع صريح مقدسى أبو السعود ملخصا (قوله إن كذبه) فى كوله زورا أو باطلا (قوله إن كذبه لزم البيع وإلا لا) وفى البدائع كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الإقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر إنى أقر لك فى العلانية بمال وتواضعا على فساد الاقرار لايصح إقراره حتى لا يملكه المقر لهسائحانى (قوله صدق مطلقا) لأن الغاصب يغصب ما يصادف والمودع يودع ماعنده فلا يقتضى السلامة ومما يكثر وقوعه ما فى التاترخانية أعرتنى هذه الدابة فقال لا ولكنك غصبتها فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان ، وإلا ضمن وكذا دفعتها إلى عارية أو أعطيتنيها عارية وقال أبو حنيفة : إن قال أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن وإذا قال : أخذت هذا الثوب منك عارية فقال أخذته منى بيعا فالقول للمقر ما لم يلبسه لأنه منكر فإن لبس ضمن أعرتنى هذا فقال : لا بل آجرتك لم يضمن إن هلك بخلاف قوله غصبته لكن يضمن إن كان استعماله (قوله أى الدراهم) مثله فى الشرنبلالية لكن فى العينى قوله : إلا أنه ينقص كذا أى مائة درهم وهذا ظاهر فتأمل

(فقال) المقر له (بل هو لى أخذه المقر له) لو قائما وإلا فقيمته لإقراره باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان (وصدق من قال آجرت) فلانا (فرسى) هذه (أو ثوبى هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبى أو أسكنته بيتى (ورده أو خاط) فلان (ثوبى هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان : بل ذلك لى (فالقول للمقر) استحسانا لأن اليد فى الإجارة ضرورية بخلاف الوديعة (هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالألف للأول وعلى المقر) ألف (مثله للثانى بخلاف هى لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر إيداع (حيث لا يجب عليه للثانى شىء) لأنه لم يقر بإيداعه وهذا (إن كانت معينة وإن كانت غير معينة لزمه أيضا كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله وإن كانت بعينها فهى للأول وعليه للثانى مثلها ولو كان المقر له واحدا يلزمه أكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا) نحو له ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه (ولو قال الدين الذى لى على فلان) لفلان (أو الوديعة عند فلان هى لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقر و) لكن (لو سلم إلى المقر له برئ) خلاصة لكنه مخالف لما مر أنه إن أضاف لنفسه كان هبة فيلزم التسليم ولذا قال فى الحاوى القدسى : ولو لم يسلطه على القبض فإن قال : واسمى فى كتاب الدين عارية صح وإن لم يقله لم يصح قال المصنف

(قوله وإلا فقيمته) فيه أن فرض المسألة فى المشار إليه إلا أن يقال كان موجودا حين الإشارة ثم استهلكه المقر تأمل فتال (قوله هذا الألف وديعة فلان الخ) وسيأتى قبيل الصلح ما لو قال : أوصى أبى بثلث ماله لفلان بل لفلان (قوله لأنه لم يقر بإيداعه) أى فلم يكن مقرا بسبب الضمان بخلاف الأولى ، فإنه حيث أقر بأنه وديعة لفلان آخر يكون ضامنا حيث أقر بها للأول لصحة إقراره بها للأول ، فكانت ملك الأول ولا يمكنه تسليمها للثانى بخلاف ما إذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشترى لا يكون ضامنا بمجرد البيع ؛ حيث يمكنه دفعها لربها هذا ما ظهر فتأمل .

[فرع] أقر بمالين واستثنى كله على ألف درهم ومائة دينار إلا درهما ، فإن كان المقر له فى المالين واحدا يصرف إلى المال الثانى ، وإن لم يكن من جنسه قياسا وإلى الأول استحسانا لو من جنسه ، وإن كان المقر له رجلين يصرف إلى الثانى مطلقا مثل لفلان على ألف درهم ولفلان آخر على مائة دينار إلا درهما هذا كله قولهما وعلى قول محمد إن كان لرجل يصرف إلى جنسه وإن لرجلين لا يصح الاستثناء أصلا تتارخانية عن المحيط (قوله أكثرهما قدرا) أى لو جنسا واحدا فلو جنسين كألف درهم لا بل ألف دينار لزمه الألفان ط ملخصا (قوله ولو قال الدين الخ) عبارة الحاوى القدسى قال : الدين الذى لى على فلان لفلان ولم يسلطه على القبض اه : بلا ذكر لفظة لو تحرير كذا فى الهامش (قوله لما مر) أوائل كتاب الاقرار (قوله فيلزم التسليم) أى فلا تصح هبته من غير من عليه الدين إلا إذا سلطه على قبضه (قوله ولو لم يسلطه الخ) لو هنا شرطية لا وصلية (قوله واسمى الخ) حاصله إن سلطه على قبضه أو لم يسلطه ، ولكن قال اسمى فيه عارية يصح كما فى فتاوى المصنف وعلى الأول يكون هبة ، وعلى الثانى إقرارا وتكون إضافته إلى نفسه إضافة نسبة لا ملك كما ذكره الشارح فيما مر وإنما اشترط قوله واسمى عارية ، ليكون قرينة على إرادة إضافة النسبة وعليه يحمل كلام المتن ، ويكون إطلاقا فى محل التقييد فلا إشكال حينئذ فى جعله إقرارا ولا يخالف الأصل المار للقرينة الظاهرة ، وفى شرح الوهبانية امرأة قالت الصداق الذى لى على زوجى ملك فلان بن فلان لا حق لى فيه وصدقها المقر له ، ثم أبرأت زوجها قيل يبرأ وقيل لا والبراءة أظهر لما أشار إليه المرغينانى من عدم صحة الاقرار فيكون الابراء ملاقيا لمحله اه فإن هنا الإضافة للملك ظاهرة ، لأن صداقها لا يكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض ، وأعاد

وهو المذكور فى عامة المعتبرات خلافا للخلاصة فتأمل عند الفتوى :

باب إقرار المريض

يعنى مرض الموت وحده مر فى طلاق المريض وسيجىء فى الوصايا (إقراره بدين لأجنبى نافذ من كل ماله) بأثر عمر ولو بعين فكذلك إلا إذا علم تملكه لها فى مرضه فيتقيد بالثلث ذكر المصنف

الشارح المسألة فى متفرقات الهبة واستشكلها وقد علمت زوال الإشكال بعون الملك المتعال فاغتنمه (قوله وهو المذكور) أى قوله وإن لم يقله لم يصح :

باب إقرار المريض

(قوله وحده) مبتدأ وقوله مر الخ خبر فى الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح اه وفى الإسماعيلية من به بعض مرض يشتكى منه وفى كثير من الأوقات يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون مريضا مرض الموت وتعتبر تبرعاته من كل ماله وإذا باع لوارثه أو وهبه لا يتوقف على إجازة باقى الورثة (قوله نافذ) لكن يحلف الغريم كما مر قبيل باب التحكيم ومثله فى قضاء الأشباه: قال فى الأصل إذا أقر الرجل فى مرضه بدين لغير وارث فإنه يجوز ، وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة اه . وهكذا فى عامة الكتب المعتبرة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها . لكن فى الفصول العمادية أن إقرار المريض للوارث لا يجوز حكاية ولا ابتداء ، وإقراره للأجنبى يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال اه :

قلت : وهو مخالف لما أطلقه المشايخ فيحتاج إلى التوفيق وينبغى أن يوفق بينهما بأن يقال المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة إقرار ، وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذى أقر به ملك له ، وإنما قصد إخراجه فى صورة الإقرار حتى لا يكون فى ذلك منع ظاهر على المقر كما يقع أن الإنسان يريد أن يتصدق على فقير فيقرضه بين الناس ، وإذا خلا به وهبه منه أو لئلا يحسد على ذلك من الورثة فيحصل منهم إيذاء فى الجملة بوجه ما وأما الحكاية فهى على حقيقة الإقرار ، وبهذا الفرق أجاب بعض علماء عهدنا المحققين وهو العلامة على المقدسى كما فى حاشية الفصولين للرملى :

أقول : ومما يشهد لصحة ما ذكرنا من الفرق ما صرح به صاحب القنية : أقر الصحيح بعبد فى يد أبيه لفلان ثم مات الأب والابن مريض ، فإنه يعتبر خروج العبد من ثلث المال لأن إقراره متردد بين أن يموت الابن أولا فيبطل ، وبين أن يموت الأب أولا فيصح فصار كالإقرار المبتدإ فى المرض قال أستاذنا : فهذا كالتنصيص على أن المريض إذا أقر بعين فى يده للأجنبى فإنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تمليكه إياه فى حال مرضه معلوما حتى أمكن جعل تمليكه إظهارا فأما إذا علم تملكه فى حال مرضه فإقراره به لا يصح إلا من ثلث المال قال رحمه الله: وإنه حسن من حيث المعنى اه :

قلت : وإنما قيد حسنه بكونه من حيث المعنى ، لأنه من حيث الرواية مخالف لما أطلقوه فى مختصرات الجامع الكبير فكان إقرار المريض لغير وارثه صحيحا مطلقا وإن أحاط بماله ، والله سبحانه أعلم معين المفتى ونقله شيخ مشايخنا منلا على ثم قال بعد كلام طويل : فالذى تحرر لنا من المتون والشروح أن إقرار المريض لأجنبى صحيح ، وإن أحاط بجميع ماله وشمل الدين والعين والمتون لا تمشى غالبا إلا على ظاهر الرواية و فى البحر من باب قضاء

فى معينه فليحفظ (وأخر الإرث عنه ودين الصحة) مطلقا (وما لزمه فى مرضه بسبب معروف) ببينة أو بمعاينة قاض (قدم على ما أقر به فى مرض موته ولو) المقر به (وديعة) وعند الشافعى الكل سواء (والسبب المعروف) ما ليس بتبرع (كنكاح مشاهد) إن بمهر المثل أما الزيادة فباطلة وإن جاز النكاح عناية (وبيع مشاهد وإتلاف كذلك) أى مشاهد (و) المريض (ليس له أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو) كان ذلك (إعطاء مهر وإيفاء أجرة) فلا يسلم لهما (إلا) فى مسألتين (إذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه) لو بمثل القيمة كما فى البرهان (وقد علم ذلك) أى ثبت كل منهما (بالبرهان) لا بإقراره للتهمة (بخلاف) إعطاء المهر ونحوه و (ما إذا لم يؤد حتى مات فإن البائع أسوة للغرماء) فى الثمن (إذا لم تكن العين) المبيعة (فى يده) أى يد البائع فإن كانت كان أولى (وإذا أقر) المريض (بدين ثم) أقر (بدين تحاصا وصل أو فصل) للاستواء ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا وبعكسه الوديعة أولى (وإبراؤه مديونه وهو مديونه غير جائز)

الفوائد متى اختلف الترجيح رجح إطلاق المتون اه . وقد علمت أن التفصيل مخالف لما أطلقه وأن حسنه من حيث المعنى لا الرواية اه وقد علمت أن ما نقله الشارح عن المصنف لم يرتضه المصنف إلا إذا علم تملكه لها أى بقاء ملكه لها فى زمن مرضه (قوله فى معينه) وهو معين المفتى للمصنف (قوله ودين الصحة) مبتدأ خبره جملة قدم (قوله فباطلة) أى إن لم تجزها الورثة لكونها وصية لزوجته الوارثة (قوله والمريض) بخلاف الصحيح كما فى حبس العناية (قوله ليس له) أى للمريض ومفاده أن تخصيص الصحيح صحيح كما فى حجر النهاية شرح الملتقى (قوله بعض الغرماء) ولو غرماء صحة (قوله إعطاء مهر) بهمز إعطاء ونصبه وإضافته إلى مهر (قوله فلا يسلم لهما) بفتح الياء واللام وإسكان السين المهملة أى بل يشاركهما غرماء الصحة ، لأن ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم فكان تخصيصهما إبطالا لحق الغرماء بخلاف ما بعده من المسألتين لأنه حصل فى يده مثل ما نقد وحق الغرماء تعلق بمعنى التركة لا بالصورة فإذا حصل له مثله لا يعد تفويتا كفاية (قوله أى ثبت كل منهما) أى من القرض والشراء (قوله وإذا أقر الخ) ولو الوارث عليه دين فأقر بقبضه لم يجز سواء وجب الدين فى صحته أولا على المريض دين أولا قطنط أقرت بقبض مهرها ، فلو ماتت وهى زوجته أو معتدته لم يجز إقرارها وإلا بأن طلقها قبل دخوله جاز جغ فصولين قع عت مريض قال فى مرض موته : ليس لى فى الدنيا شىء ثم مات فلبعض الورثة أن يحلفوا زوجته وبنته على أنهما لا يعلمان شيئا من تركة المتوفى بطريقة أسنع وكذا لو قال ليس لى فى الدنيا شىء سوى هذا حاوى الزاهدى ، فرمز قع للقاضى عبد الجبار وعت لعلا تاجرى وأسنع للأسرار لنجم الدين. إبراء الزوجة زوجها فى مرض موتها الذى ماتت فيه موقوف على إجازة بقية الورثة فتاوى الشلبى حامدية كذا فى الهامش (قوله الوديعة أولى) لأنه حين أقر بها علم أنها ليست من تركته ثم إقراره بالدين لا يكون شاغلا لما لم يكن من جملة تركته بزازية (قوله وإبراؤه مديونه وهو مديون) قيد به احترازا عن غير المديون فإن إبراءه الأجنبى نافذ من الثلث كما فى الجوهرة سانحانى :

[فائدة] أقر فى مرضه بشىء فقال كنت قلته في الصحة كان بمنزلة الإقرار فى المرض من غير إسناد إلى زمن الصحة أشباه ، وفى البزازية عن المنتقى أقر فيه أنه باع عبده من فلان وقبض الثمن فى صحته وصدقه المشترى فيه صدق فى البيع لا فى قبض الثمن إلا من الثلث اه ونقله فى نور العين عن الخلاصة ، ونقل قبله عن الخانية : أقر أنه أبرأ فلانا فى صحته من دينه لم يجز إذ لا يملك إنشاءه للحال ، فكذا الحكاية بخلاف إقراره بقبض إذ يملك إنشاءه فيملك الإقرار به ثم قال فلعل فى المسألة روايتين أو أحدهما سهو ، والظاهر أن ما فى الخانية أصح وقال

أى لايجوز (إن كان أجنبيا وإن) كان (وارثا فلا) يجوز (مطلقا) سواء كان المريض مديونا أولا للتهمة وحيلة صحته أن يقول لا حق لى عليه كما أفاده بقوله (وقوله لم يكن لى على هذا المطلوب شىء) يشمل الوارث وغيره (صحيح قضاء لا ديانة) فترتفع به مطالبة الدنيا لامطالبة الآخرة حاوى إلا المهر فلا يصح على الصحيح بزازية أى لظهور أنه عليه غالبا بخلاف إقرار البنت فى مرضها بأن الشىء الفلانى ملك أبى أوأمى لاحق لى فيه أو أنه كان عندى عارية فإنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه كما بسطه فى الأشباه قائلا فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات كتابى

أيضا قوله إذ لايملك إنشاءه للحال مخالف لما فيها أيضا أنه يجوز إبراء الأجنبى إلا أن يخص عدم القدرة على الإنشاء بكون فلان وارثا أو بكون الوارث كفيلا لفلان الأجنبى ففى إطلاقه نظر اه .

قلت : أو يكون المقر مديونا كما أفاده المصنف (قوله أجنبيا) إلا أن يكون الوارث كفيلا عنه فلا يجوز إذ يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل جامع الفصولين ، ولو أقر الأجنبى باستيفائه دينه منه صدق كما بسطه فى الولوالجية (قوله فلا يجوز) سواء كان من دين له عليه أصالة أو كفالة وكذا إقراره بقبضه واحتياله به على غيره فصولين وفى الهامش أقر مريض مرض الموت أنه لايستحق عند زوجته هند حقا وأبرأ ذمتها من كل حق شرعى ومات عنها وورثه غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجيزوا الإقرار لا يكون الإقرار صحيحا حامدية (قوله يشمل الوارث) صرح به فى جامع الفصولين حيث قال : مريض له على وارثه دين فأبرأه لم يجز ، ولو قال لم يكن لى عليك شىء ، ثم مات جاز إقراره قضاء لا ديانة اه . وينبغى لو ادعى الوارث الآخر أو المقر كاذب فى إقراره أن يحلف المقر له بأنه لم يكن كاذبا بناء على قول أبى يوسف المفتى به كما مر قبيل باب الاستثناء وفى البزازية : ادعى عليه ديونا ومالا وديعة ، فصالح الطالب على يسير سرا وأقر الطالب فى العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شىء ، وكان ذلك فى مرض المدعى ، ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثى عليه أموال كثيرة وإنما قصد حرماننا لا تسمع ، وإن كان المدعى عليه وارث المدعى وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع اه . وينبغى أن يكون فى مسألتنا كذلك لكن فرق فى الأشباه بكونه متهما فى هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح معه على يسير والكلام عند عدم قرينة على التهمة اه .

قلت : وكثيرا ما يقصد المقر حرمان بقية الورثة فى زماننا وتدل عليه قرائن الأحوال القريبة من الصريح ، فعلى هذا تسمع دعواهم بأنه كان كاذبا وتقبل بينتهم على قيام الحق على المقر له ولهذا قال السائحانى : ما فى المتن إقرار وإبراء وكلاهما لا يصح للوارث كما فى المتون والشروح فلا يعول عليه لئلا يصير حيلة لإسقاط الإرث الجبرى اه والله أعلم (قوله صحيح قضاء) ومر في الفروع قبيل باب الدعوى (قوله كما بسطه فى الأشباه) أقول : قد خالفه علماء عصره وأفتوا بعدم الصحة منهم ابن عبد العال والمقدسى ، وأخو المصنف والحانوتى والرملى وكتب الحموى فى الرد على ما قاله نقلا عمن تقدم كتابة حسنة فلتراجع .

أقول : وحاصل ما ذكره الرملى : أن قوله لم يكن عليه شىء مطابق لما هو الأصل من خلو ذمته عن دينه ، فليس إقرارا بل كاعترافه بعين فى يد زيد بأنها لزيد فانتفت التهمة ، ومثله ليس له على والده شىء من تركة أمه وليس لى على زوجى مهر على المرجوح ، بخلاف ما هنا فإن إقرارها بما فى يدها إقرار بملكها للوارث بلا شك لأن أقصى ما يستدل به على الملك اليد ، فكيف يصح وكيف تنتفى التهمة والنقول مصرحة بأن الإقرار بالعين التى في يد المقر كالإقرار بالدين ، وإذا لم يصح فى المهر على الصحيح ، مع أن الأصل براءة الذمة فكيف يصح

(وإن أقر المريض لوارثه) بمفرده أو مع أجنبي بعين أو دين (بطل) خلافا للشافعي رضى الله تعالى عنه: ولنا حديث « لاوصية لوارث ولا إقرار له بدين » (إلا أن يصدقه) بقية (الورثة) فلو لم يكن وارث آخر أو أوصى لزوجته أو هي له صحت الوصية وأما غيرهما فيرث الكل فرضا وردا فلا يحتاج لوصية شرنبلالية وفى شرحه للوهبانية أقر بوقف ولا وارث له فلو على جهة عامة صح بتصديق السلطان أو نائبه وكذا لو وقف خلافا لما زعمه الطرسوسى فليحفظ (ولو) كان ذلك إقرارا (بقبض دينه أو غصبه أو رهنه) ونحو ذلك (عليه) أى على وارثه أو عبد وارثه أو مكاتبه لا يصح

فيما فيه الملك مشاهد باليد : نعم لو كانت الأمتعة بيد الأب فلا كلام فى الصحة وفى حاشية البارى الصواب أن ذلك إقرار للوارث بالعين بصيغة النفى ، وما استند له المصنف فى الدين لا العين وهو وصف فى الذمة وإنما يصير مالا بقبضه (قوله أو مع أجنبي) قال فى نور العين أقر لوارثه ولأجنبي بدين مشترك بطل إقراره عندهما تصادقا فى الشركة أو تكاذبا وقال محمد للأجنبي بحصته لو أنكر الأجنبي الشركة وبالعكس لم يذكره محمد ويجوز أن يقال إله على الاختلاف والصحيح أنه لم يجز على قول محمد كما هو قولهما (قوله إلا أن يصدقه) أى بعد موته ولا عبرة لإجازتهم قبله كما فى خزانة المفتين وإن أشار صاحب الهداية لضده ، وأجاب به ابنه نظام الدين وحافده عماد الدين ذكره القهستانى شرح الملتقى وفى التعمية إذا صدق الورثة إقرار المريض لوارثه فى حياته لا يحتاج لتصديقهم بعد وفاته وعزاه لحاشية مسكين . قال : فلم تجعل الإجازة كالتصديق ، ولعله لأنهم أقروا اهـ وقدم الشارح فى باب الفضولى وكذا وقف بيعه لوارثه على إجازتهم اهـ فى الخلاصة نفس البيع من الوارث لا يصح إلا بإجازة الورثة يعنى فى مرض الموت وهو الصحيح ، وعندهما يجوز لكن إن كان فيه غبن أو محاباة يخير المشترى بين الرد أو تكميل القيمة سائحانى (قوله أو أوصى) فى بعض النسخ وأوصى بدون ألف (قوله لزوجته) يعنى ولم يكن له وارث آخر وكذا فى عكسه كما فى الشرنبلالية قاله شيخ والدى مدنى (قوله صحت) ومثله فى حاشية الرملى على الأشباه فراجعها (قوله وأما غيرهما) أى غير الزوجين وفى الهامش أقر رجل فى مرضه بأرض فى يده أنها وقف إن أقر بوقف من قبل نفسه كان من الثلث ، كما لو أقر المريض بعتق عبده أو أقر أنه تصدق به على فلان وهى المسألة الأولى قال وإن أقر بوقف من جهة غيره وإن صدقه ذلك الغير أو ورثته جاز فى الكل وإن أقر بوقف ولم يبين أنه منه أو من غيره فهو من الثلث ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله صح الخ) هذا مشكل فليراجع (قوله لما زعمه الطرسوسى) أى من أنه يكون من الثلث مع تصديق السلطان اهـ ح كذا فى الهامش (قوله ولو كان ذلك) أى الإقرار ولو وصلية (قوله بقبض دينه) قال فى الخانية لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه ، ولا من كفيل وارثه إلى آخر ما يأتى فى القرب من ذلك عن نور العين ، وقيد بدين الوارث احترازا عن إقراره باستيفاء دين الأجنبي .

والأصل فيه أن الدين لو كان وجب له على أجنبي فى صحته جاز إقراره باستيفائه ولو عليه دين معروف سواء وجب ما أقر بقبضه بدلا عما هو مال كثمن أولا كبدل صلح دم العمد والمهر ونحوه ولو دينا وجب فى مرضه وعليه دين معروف أو دين وجب بمعاينة الشهود ، فلو ما أقر بقبضه بدلا عما هو مال لم يجز إقراره أى فى حق غرماء الصحة كما نقله السائحانى عن البدائع ، ولو بدلا عما ليس بمال جاز إقراره بقبضه ولو عليه دين معروف جامع الفصولين وفيه لو باع فى مرضه شيئا بأكثر من قيمته فأقر بقبضه لم يصدق وقيل للمشترى أد ثمنه مرة أخرى أو انقض البيع عند أبى يوسف وعند محمد يؤدى قدر قيمته أو نقض البيع (قوله أو غصبه) أى بقبض ماغصبه منه (قوله ونحو ذلك) كأن يقر أنه قبض المبيع فاسدا منه أو أنه رجع فيما وهبه له مريضا حموى ط .

لوقوعه لمولاه ولو فعله ثم برئ ثم مات جاز كل ذلك لعدم مرض الموت اختيار ولو مات المقر له ثم المريض ووارثة المقر له من ورثة المريض جاز إقراره كإقراره للأجنبي بحر وسيجيء عن الصيرفية (بخلاف إقراره) له أي لوارثه (بوديعة مستهلكة) فإنه جائز :

وصورته أن يقول : كانت عندي وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها جوهرة .

والحاصل : أن الإقرار للوارث موقوف إلا في ثلاث مذكورة في الأشباه منها إقراره بالأمانات كلها

[فرع] أقر بدين لوارثه أو لغيره ثم برئ فهو كدين صحته ولو أوصى لوارثه ثم برئ بطلت وصيته جامع الفصولين :

[تتمة] في التتارخانية عن واقعات الناطفي أشهدت المرأة شهودا على نفسها لابنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج أو أشهد الرجل شهودا على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد ، والشهود يعلمون ذلك وسعهم أن لا يؤدوا الشهادة إلى آخر ما ذكره العلامة البيري . وينبغي على قياس ذلك أن يقال إن كان للقاضي علم بذلك لا يسعه الحكم كذا في حاشية أبي السعود على الأشباه والنظائر (قوله ولو فعله) أي الإقرار بهذه الأشياء للوارث (قوله من ورثة المريض) كما إذا أقر لابن ابنه ثم مات ابن الابن عن أبيه (قوله وسيجيء) أي قريبا (قوله بوديعة) الأصوب باستهلاك الوديعة أي المعروفة بالبينة (قوله مستهلكة) أي وهي معروفة (قوله وصورته) قد أوضح المسألة في الولوالجية ولم يبين بهذه الصورة أن الوديعة معروفة كما صرح به في الأشباه وفي جامع الفصولين راقما صورتها أودع أباه ألف درهم في مرض الأب أو صحته عند الشهود فلما حضره الموت أقر بإهلاكه صدق إذ لو سكت ومات ولا يدري ما صنع كان في ماله فإذا أقر بإتلافه فأولى اهـ :

والحاصل أن مدار الإقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لا عليها (قوله والحاصل) فيه مخالفة للأشباه ونصها وأما مجرد الإقرار للوارث فهو موقوف على الاجازة سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو أبرأه لا في ثلاث لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه كذا في تلخيص الجامع وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها ولو مال الشركة أو العارية والمعنى في الكل أنه ليس فيه إيثار البعض فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات هذا الكتاب اهـ ط (قوله إقراره بالأمانات) أي بقبض الأمانات التي عند وارثه لا بأن هذه العين لوارثه ، فإنه لا يصح كما صرح به الشارح قريبا وصرح به في الأشباه وهذا مراد صاحب الأشباه بقوله : وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها فتنبه لهذا فإنا رأينا من يخطئ فيه ويقول : إن إقراره لوارثه بها جائز مطلقا مع أن النقول مصرحة بأن إقراره له بالعين كالدين كما قدمناه عن الرملي ومن هذا يظهر لك ما في بقية كلام الشارح ، وهو متابع فيه للأشباه مخالفا للمنقول وخالفه فيه العلماء الفحول كما قدمناه :

وفي الفتاوى الإسماعيلية : سئل فيمن أقر في مرضه أن لا حق له في الأسباب والأمتعة المعلومة مع بنته المعلومة ، وأنها تستحق ذلك دونه من وجه شرعي ، فهل إذا كانت الأعيان المرقومة في يده وملكه فيها ظاهر ومات في ذلك المرض ، فالإقرار بها لوارثه باطل : الجواب : نعم على ما اعتمده المحققون ولو مصدرا بالنفي خلافا للأشباه وقد أنكروا عليه اهـ : ونقله السائحاني في مجموعته ورد على الأشباه والشارح في هامش نسخته وفي الحامدية سئل في مريض مرض الموت ، أقر فيه أنه لا يستحق عند زوجته هند حقا وأبرأ ذمتها من كل حق شرعي ومات عنها وعن ورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجيزوا الإقرار فهل يكون غير

ومنها النفي كلاحق لي قبل أبي أو أمي وهذه الحيلة في إبراء المريض وإرثه ومنه هذا الشيء الفلاني ملك أبي أو أمي كان عندي عارية ، وهذا حيث لا قرينة وتمامه فيها فليحفظ فإنه مهم :

(أقر فيه) أي في مرض موته (لوارثه يؤمر في الحال بتسليمه إلى الوارث ، فإذا مات يرده) بزازية وفي القنية تصرفات المريض نافذة وإنما تنقض بعد الموت (والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الإقرار) فلو أقر لأخيه مثلا ثم ولد له صح الإقرار لعدم إرثه (إلا إذا صار وارثا) وقت الموت (بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة) فيجوز كما ذكره بقوله (فلو أقر لها) أي لأجنبية (ثم تزوجها صح بخلاف إقراره لأخيه المحجوب) بكفر أو ابن (إذا زال حجبه) بإسلامه أو بموت الابن فلا يصح لأن إرثه بسبب قديم لا جديد (وبخلاف الهبة لها في مرضه (والوصية لها) ثم تزوجها فلا تصح لأن الوصية تمليك بعد الموت وهي حينئذ وارثة (أقر فيه أنه كان له على ابنته الميتة عشرة دراهم قد استوفيتها وله) أي للمقر (ابن ينكر ذلك صح إقراره) لأن الميت ليس بوارث (كما لو أقر لامرأته في مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك) منها(1) (وارثا) صح الاقرار (وقيل لا)

صحيح الجواب: يكون الإقرار غير صحيح والحالة هذه والله تعالى أعلم اه (قوله ومنها النفي) فيه أنه ليس بإقرار للوارث كما صوبه في الأشباه (قوله كلا حق لي) هذا صحيح في الدين لا في العين كما مر (قوله أو أمي) ومنها إقراره بإتلاف وديعته المعروفة كما في المتن كذا في الهامش (قوله ومنه هذا الشيء) هذا غير صحيح كما علمته مما مر قال في البحر في متفرقات القضاء : ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لم يحلف ، وعند أبي يوسف يحلف للعادة وسيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب : أن الفتوى على قول أبي يوسف اختاره أئمة خوارزم لكن اختلفوا فيما إذا ادعاه وارث المقر على قولين ولم يرجح في البزازية منهما شيئا وقال الصدر الشهيد الرأي في التحليف إلى القاضي ، وفسره في فتح القدير بأنه يجتهد بخصوص الوقائع فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف الخصم ، وإن لم يغلب على ظنه ذلك لا يحلفه وهذا إنما هو في المتفرس في الأخصام اه. قلت: وهذا مؤيد لما بحثنا والحمد لله :

[تتمة] قال في التتارخانية عن الخلاصة رجل قال : استوفيت جميع مالي على الناس من الدين لا يصح إقراره وكذا لو قال أبرأت جميع غرمائي لا يصح إلا أن يقول قبيلة فلان وهم يحصون فحينئذ يصح إقراره وإبراؤه (قوله بسبب قديم) أي قائم وقت الإقرار ولو أقر لوارثه وقت إقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثا فيما بين ذلك بطل إقراره عند أبي يوسف لا عند محمد نور العين عن قاضيخان . وفي جامع الفصولين : أقر لابنه وهو قن ثم عتق فمات الأب جاز لأنه للمولى لا للقن بخلاف الوصية لابنه وهو قن ثم عتق فإنها تبطل لأنها حينئذ للابن اه ؛ وبيانه في المنح وانظر ما كتبناه في الوصايا (قوله ليس بوارث) يفيد أنها لو كانت حية وارثة لم يصح . قال في الخانية : لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دين من وارثه ولا من كفيل وارثه ولو كفل في صحته وكذا لو أقر بقبضه من أجنبي تبرع عن وارثه وكل رجلا ببيع شيء معين فباعه من وارث موكله ، وأقر بقبض الثمن من وارثه ، أو أقر أن وكيله قبض الثمن ودفعه إليه لا يصدق ، وإن كان المريض هو الوكيل وموكله صحيح فأقر الوكيل أنه قبض الثمن من المشتري ، وجحد الموكل صدق الوكيل ، ولو كان المشتري وارث الوكيل والموكل والوكيل مريضان فأقر الوكيل بقبض الثمن لا يصدق إذ مرضه يكفي لبطلان إقراره لوارثه بالقبض

---

(1) (قوله الشارح وترك منها الخ) قال ط : الظاهر أن قول المؤلف منها اتفاقي ويحمل كلام المصنف على أنه ترك وارثا منكرا ما أقر به اه .

قاله بديع الدين صيرفية ولو أقر فيه لوارثه ولأجنبى بدين لم يصح خلافا لمحمد عمادية (وإن أقر لأجنبى) مجهول نسبه (ثم أقر ببنوته) وصدقه وهو من أهل التصديق (ثبت نسبه) مستندا لوقت العلوق (و) إذا ثبت (بطل إقراره) لما مر ولو لم يثبت بأن كذبه أو عرف نسبه صح الإقرار لعدم ثبوت النسب شرنبلالية معزيا للينابيع (ولو أقر لمن طلقها ثلاثا) يعنى بائنا (فيه) أى فى مرض موته (فلها الأقل من الإرث والدين) ويدفع لها ذلك بحكم الإقرار لا بحكم الإرث حتى لاتصير شريكة فى أعيان التركة شرنبلالية (وهذا إذا) كانت فى العدة و (طلقها بسؤالها) فإذا مضت العدة جاز لعدم التهمة عزمية (وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها) لأنها وارثة إذ هو فار وأهمله أكثر المشايخ لظهوره من كتاب الطلاق (وإن أقر لغلام مجهول النسب فى مولده أو فى بلد هو فيها وهما فى السن بحيث (يولد مثله لمثله إنه ابنه وصدقه الغلام) لو مميزا وإلا لم يحتج لتصديقه كما مر وحينئذ (ثبت نسبه) ولو المقر (مريضا و) إذا ثبت (شارك) الغلام (الورثة) فإن انتفت هذه الشروط يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال كما لو أقر بأخوة غيره كما مر

فرضهما أولى: مريض عليه دين محيط فأقر بقبض وديعة أوعارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره لأن الوارث لو ادعى رد الأمانة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث اهـ من نور العين قبيل كتاب الوصية (قوله خلافا لمحمد) .

[فرع] باع فيه من أجنبى عبدا وباعه الأجنبى من وارثه أو وهبه منه صح إن كان بعد القبض لأن الوارث ملك العبد من الأجنبى لا من مورثه بزازية (قوله عمادية) قدمنا عبارتها عن نور العين (قوله لمن طلقها) أى فى مرضه :

[فرع] إقراره لها أى للزوجة بمهرها إلى قدر مثله صحيح لعدم التهمة فيه ، وإن بعد الدخول قال الإمام ظهير الدين وقيل جرت العادة بمنع نفسها قبل قبض مقدار من المهر فلا يحكم بذلك القدر إذا لم تعترف بالقبض : والصحيح أنه يصدق إلى تمام مهر مثلها وإن كان الظاهر أنها استوفت شيئا بزازية : وفيها أقر فيه لامرأته التى ماتت عن ولد بقدر مهر مثلهاوله ورثة أخرى لم يصدقوه فى ذلك قال القاضى الإمام لايصح إقراره، ولايناقض هذا ما تقدم لأن الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها أو وصيها المهر بخلاف الأول اهـ.

[فرع] فى التتارخانية عن السراجية : ولوقال مشترك أوشركة فى هذه الدار فهذا إقرار بالنصف وفى العتابية ومطلق الشركة بالنصف عند أبى يوسف وعند محمد ما يفسره المقر ، ولو قال فى الثلثين موصولا صدق وكذا قوله بينى وبينه أولى وله اهـ (قوله وإن أقر لغلام) كان الأولى تقديم هذه المسألة على قوله وإن أقر لأجنبى ثم أقر ببنوته لأن الشروط الثلاثة هنا معتبرة هناك أيضا كذا فى حاشية مسكين عن الحموى (قوله أو فى بلد) حكاية قول آخر قال فى الحواشى اليعقوبية : مجهول النسب من لا يعلم له أب فى بلده على ما ذكر فى شرح تلخيص الجامع لأكمل الدين ، والظاهر أن المراد به بلد هو فيه كما ذكر فى القنية لا مسقط رأسه كما ذكره البعض لأن المغربى إذا انتقل إلى المشرق فوقع عليه حادثة يلزم أنه يفتش عن نسبه فى المغرب وفيه من الحرج ما لا يخفى فليحفظ هذا اهـ (قوله وحينئذ) ينبغى حذفها فإن بذكرها صار الشرط بلا جواب ح (قوله هذه الشروط) أى أحدها ح (قوله من حيث استحقاق المال) إن كان المراد بالمال هو المقر به كما هو ظاهر قوله كما مر أعنى بأن أقر لأجنبى ثم أقر ببنوته ولم تثبت بسبب انتفاء شرط فمع أنه تكرار لامحل له هنا ، وإن كان المراد به الإرث كما هو ظاهر قوله كما لو أقر بأخوة غيره ، فيكون المعنى : إن أقر لغلام أنه ابنه ولم يثبت نسبه بسبب انتفاء

عن الينابيع كذا فى الشرنبلالية فيحرر عند الفتوى (و) الرجل(١) (صح إقراره) أى المريض (بالولد والوالدين) قال فى البرهان وإن عليا قال المقدسى : وفيه نظر لقول الزيلعى ولو أقر بالجد وابن الابن لايصح لأن فيه حمل النسب على الغير (بالشروط) الثلاثة (المتقدمة) فى الابن (و) صح (بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وخلوه) أى المقر (عن أختها) مثلا (وأربع سواها و) صح (بالولى) من جهة العتاقة (إن لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غيره) أى غير المقر (و) المرأة صح (إقرارها بالوالدين والزوج والمولى) الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لا على غيره .

قلت : وما ذكره من صحة الإقرار بالأم كالأب هو المشهور الذى عليه الجمهور وقد ذكر الإمام العتابى فى فرائضه أن الإقرار بالأم لا يصح ، وكذا فى ضوء السراج لأن النسب للآباء لا للأمهات وفيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح اه ولكن الحق صحته بجامع الأصالة فكانت كالأب فليحفظ (و) كذا صح (بالولد إن شهدت) امرأة ولو (قابلة) بتعيين الولد أما النسب فبالفراش شمنى ، ولو معتدة جحدت ولادتها فبحجة تامة كما مر فى باب ثبوت النسب (أو صدقها الزوج إن كان) لها زوج (أو كانت معتدة) منه (و) صح (مطلقا

شرط من هذه الشروط شارك الورثة فلا يظهر وجهه إذ تقدم أن إقراره له بالمال صحيح ، ولا يصح الإقرار لوارث كما مر مع أن المؤاخذة حينئذ ليست للمقر ، بل للورثة حيث شاركهم فى الإرث ومع هذا فإن كان الحكم كذلك فلا بد له من نقل صريح حتى يقبل ، وقد راجعت عدة كتب فلم أجده ولعله لهذه أمر الشارح بالتحرير فتأمل (قوله عن الينابيع) الذى قدمه الشرنبلالى عن الينابيع عند قوله : أقر لأجنبى ثم ببنوته لصحه ولو كذبه أو كان معروف النسب من غيره لزمه ما أقر به ولايثبت النسب اه ثم كتب هنا ما نقله الشارح عنه (قوله فيحرر) لم يظهر لى المخالفة الموجبة للتحرير تأمل ح (قوله والرجل صح إقراره) فى بعض النسخ إسقاط الرجل ولفظه وصح إقراره (قوله أى المريض) الأولى تركه ح (قوله وإن عليا) بتحريك ثلاثة حروفه أى الوالدان وفيه نظر وجهه ظاهر فهو كإقراره ببنت ابن قال فى جامع الفصولين أقر ببنت فلها النصف والباقى للعصبة إذ إقراره ببنت جائز لا ببنت الابن اه : وما ذاك إلا لأن فيه تحميل النسب على الابن فتدبر ط (قوله لايصح) وسيأتى متنا التصريح به (قوله وكذا صح) أى إقرارها (قوله ولو قابلة) أفاد بمقابلته بعده بقوله أو صدقها الزوج أن هذا حيث جحد الزوج وادعته منه وأفاد أنها ذات زوج بخلاف المعتدة كما صرح به الشارح ، أما إذا لم تكن ذات زوج ولا معتدة أو كان لها زوج وادعت أن الولد من غيره فلا حاجة إلى أمر زائد على إقرارها صرح بذلك كله ابن الكمال وسيأتى (قوله بتعيين الولد) كما علمت مما قدمناه أن الكلام فيما إذا أنكر الولادة وشهادة القابلة بتعيين الولد فيما إذا تصادقا على الولادة وأنكر التعيين : وعبارة غاية البيان عن شرح الأقطع فتثبت الولادة بشهادتهما ويلتحق النسب بالفراش اه : والظاهر أن ما أفاده الشارح حكمه كذلك (قوله وصح مطلقا) أفاد أن ما ذكره من الشروط إنما هو لصحة الإقرار بالنسب لئلا يكون تحميلا على الزوج ، فلو فقد شرط صح إقرارها عليها فيرثها الولد وترثه إن صدقها ، ولم يكن لها وارث غيرهما فصار كالاقرار بالأخ ويفهم هذا مما قدمنا وفى غاية البيان ولا يجوز إقرار المرأة بالولد ، وإن صدقها يعنى الولد ولكنهما يتوارثان إن لم يكن لها وارث معروف لأنه اعتبر إقرارها فى حقها ، ولا يقضى بالنسب لأنه لا يثبت بدون الحجة وهى ما إذا شهدت القابلة

---

(١) (قول الشارح والرجل الخ) قال ط : زاد لفظة الرجل ليفيد أن الإقرار بالمذكورات ليس قاصرا على المريض فقوله بعد أى المريض تفسير مضر ولا حاجة إليه بعد تقدم المرجع اه .

إن لم تكن كذلك) أى مزوجة ولا معتدة (أو كانت) مزوجة (وادعت أنه من غيره) فصار كما لو ادعاه منها لم يصدق فى حقها إلا بتصديقها :

قلت : بقى لو لم يعرف لها زوج غيره لم أره فيحرر (ولا بد من تصديق هؤلاء إلا فى الولد إذا كان لا يعبر عن نفسه) لما مر أنه حينئذ كالمتاع (ولوكان المقر له عبد الغير اشترط تصديق مولاه) لأن الحق له (وصح التصديق) من المقر له (بعد موت المقر) لبقاء النسب والعدة بعد الموت (إلا تصديق الزوج بموتها) مقوة لانقطاع النكاح بموتها ولهذا ليس له غسلها بخلاف عكسه (ولو أقر) رجل (بنسب) فيه تحميل (على غيره) لم يقل من غير ولاد كما فى الدرر لفساده بالجد وابن الابن كما قال (كالأخ والعم والجد وابن الابن لا يصح) الإقرار (فى حق غيره) إلا ببرهان ومنه إقرار اثنين كما مر فى باب ثبوت النسب فليحفظ وكذا لو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل التصديق (ويصح فى حق نفسه حتى يلزمه) أى المقر (الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا عليه) أى على ذلك الإقرار لأن إقرارهما حجة عليهما (فإن لم يكن له) أى لهذا المقر (وارث غيره مطلقا) لا قريبا كذوى الأرحام ولا بعيدا كمولى الموالاة عينى وغيره (ورثه وإلا لا) لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف والمراد غير الزوجين لأن وجودهما غير مانع قاله ابن الكمال ، ثم للمقر أن يرجع عن إقراره ؛ لأنه وصية من وجه زيلعى أى وإن صدقه المقر له كما فى البدائع لكن نقل المصنف عن شروح السراجية أن بالتصديق يثبت النسب فلا ينفع الرجوع فليحرر

على ذلك وصدقها الولد فيثبت وما إذا صدقها زوجها فيثبت بتصادقهما لأنه لا يتعدى إلى غيرهما اه (قوله من غيره) أى فصح إقرارها فى حقها فقط (قوله قلت) أقول : غاية ما يلزم على عدم معرفة زوج آخر كونه من الزنا مع أنه ليس بلازم وبفرض تحقق كونه من الزنا يلزمها أيضا لأن ولد الزنا واللعان يرث بجهة الأم فقط ، فلا وجه للتوقف فى ذلك كذا فى حاشية مسكين لأبى السعود المصرى (قوله وصح التصديق الخ) أى ولو بعد جحود المقر لقول البزازى أقر أنه تزوج فلانة فى صحة أو مرض ثم جحد وصدقته المرأة فى حياته أو بعد موته جاز سائحانى (قوله بموتها) كذا فى نسخة وهى الصواب موافقا لما فى شرحه على الملتقى (قوله فى باب ثبوت النسب) حيث قال أو تصديق بعض الورثة فيثبت فى حق المقرين ، وإنما يثبت النسب فى حق غيرهم حتى الناس كافة إن تم نصاب الشهادة بهم أى بالمقرين وإلا يتم نصابها لا يشارك المكذبين اه (قوله أو الورثة) يغنى عنه قوله ومنه إقرار اثنين ط لكن كلامنا هنا فى تصديق المقر وهناك فى نفس الإقرار وإن كانا فى المعنى سواء ، لكن بينهما فرق وهو أن التصديق بعد العلم بإقرار الأول كقوله نعم أو صدق ، والإقرار لا يلزم منه العلم تأمل (قوله كذوى الأرحام) فسر القريب فى العناية بذوى الفروض والعصبات والبعيد بذوى الأرحام والأول أوجه لأن مولى الموالاة إرثه بعد ذوى الأرحام شرنبلالية (قوله ورثه) :

[تتمة] إرث المقر له حيث لا وارث له غيره يكون مقتصرا عليه ولا ينتقل إلى فرع المقر له ولا إلى أصله لأنه بمنزلة الوصية شيخنا عن جامع الفصولين كذا فى حاشية مسكين (قوله المعروف) قريبا أو بعيدا فهو أحق بالإرث من المقر له حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة أو للخالة لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف درر كذا فى الهامش (قوله والمراد غير الزوجين) أى بالوارث الذى يمنع المقر له من الإرث (قوله وإن صدقه المقر له) صوابه المقر عليه كما عبر به فيما مر ويدل عليه كلام المنح حيث قال وقوله : أى الزيلعى للمقر أنه يرجع عنه ، محله ما إذا لم يصدق المقر له على إقراره أو لم يقر بمثل إقراره الخ وعزاه لبعض شروح السراجية فقوله : أو لم يقر لاشك أن الضمير فيه للمقر عليه لا المقر له ، فعلم أن المقر له صوابه المقر عليه كما عبر به صاحب

عند الفتوى (ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه فى الإرث) فيستحق نصف نصيب المقر (ولم يثبت نسبه) لما تقرر أن إقراره مقبول فى حق نفسه فقط .

قلت : بقى لو أقر الأخ بابن هل يصح؟ قال الشافعية لا لأن ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى من أصله ولم أره لأئمتنا صريحا وظاهر كلامهم نعم فليراجع (وإن ترك) شخص (ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شىء للمقر)

المنح فى كتاب الفرائض ويدل عليه قوله الآنى إن بالتصديق يثبت النسب ولا يكون ذلك إلا من المقر عليه :
قال فى روح الشروح على السراجية : واعلم : أنه إن شهد مع المقر رجل آخر أو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل الإقرار فلا يشترط الإصرار على الإقرار إلى الموت ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب ح اه .

وفى شرح فرائض الملتقى للطرابلسى : وصح رجوعه لأنه وصية معنى ولاشىء للمقر له من تركته قال فى شرح السراجية المسمى بالمنهاج : وهذا إذا لم يصدق المقر عليه إقراره قبل رجوعه أو لم يقر بمثل إقراره أما إذا صدق إقراره قبل رجوعه أو أقر بمثل إقراره فلا ينفع المقر رجوعه عن إقراره لأن نسب المقر له قد ثبت من المقر عليه اه فهذا كلام شراح السراجية فالصواب التعبير بعليه كما عبر به فى المنح فى كتاب الفرائض ، وإن كانت عبارتها هنا كعبارة الشارح وكذا عبارة الشارح فى الفرائض غير محررة فتنبه (قوله عند الفتوى) أقول : تحريره أنه لو صدقه المقر له فله الرجوع ، لأنه لم يثبت النسب وهو ما فى البدائع ، ولو صدقه المقر عليه لا يصح رجوعه لأنه بعد ثبوته وهو ما فى شروح السراجية فمنشأ الاشتباه تحريف الصلة فالموضوع مختلف ولا يخفى أن هذا كله فى غير الإقرار بنحو الولد (قوله نصف نصيب المقر) ولو معه وارث آخر شرح الملتقى وبيانه فى الزيلعى (قوله فى حق نفسه) فصار كالمشترى إذا أقر أن البائع كان أعتق العبد المبيع يقبل إقراره فى العتق ، ولم يقبل فى الرجوع بالثمن بيانية ، وفى الزيلعى : فإذا قبل إقراره فى حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا ، وعند مالك وابن أبى ليلى يجعل إقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك ، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما فى يده ، وعندهما يعنى عند مالك وابن أبى ليلى ثلث ما فى يده ، لأن المقر قد أقر له بثلث شائع فى النصفين فنفذ إقراره فى حصته ، وبطل ما كان فى حصة أخيه ، فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر فى نصيب أخيه بطل إقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول : إن فى زعم المقر أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره فيجعل ما فى يد المنكر كالهالك فيكون الباقى بينهما بالتسوية ، ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما فى يده وعندهما خمسه ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماسا وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده ولو أقر بجدة هى أم الميت أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به اه وتمامه فيه (قوله بابن) أى من أخيه الميت (قوله انتفى) هذه مسألة الدور الحكمى التى عدها الشافعية من موانع الإرث لأنه يلزم من التوريث عدمه ، بيانه أنه إذا أقر أخ حائز بابن للميت لا يثبت نسبه ولا يرث ، لأنه لو ورث لحجب الأخ فلا يكون الأخ وارثا حائزا فلا يقبل إقراره بالابن ، فلا يثبت نسبه فلا يرث لأن إثبات الإرث يؤدى إلى نفيه وما أدى إثباته إلى نفيه انتفى من أصله وهذا هو الصحيح من مذهبهم لكن يجب على المقر باطنا أن يدفع للابن التركة إذا كان صادقا فى إقراره (قوله وظاهر كلامهم نعم) يعنى ظاهر كلامهم صحة إقرار هذا الأخ بالابن ويثبت نسبه فى حق نفسه فقط فيرث الابن دونه لما قالوا إن الإقرار بنسب

لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه (وللآخر خمسون) بعد حلفه أنه لا يعلم أن أباه قبض شطر المائة قاله الأكمل .
قلت : وكذا الحكم لو أقر أن أباه قبض كل الدين لكنه هنا يحلف لحق الغريم زيلعى .

فصل فى مسائل شتى

(أقرت الحرة المكلفة بدين) لآخر (فكذبها زوجها صح) إقرارها (فى حقه أيضا) عند أبى حنيفة (فتحبس) المقرة (وتلازم) وإن تضرر الزوج وهذه إحدى المسائل الست الخارجة من قاعدة الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره وهى فى الأشباه ، وينبغى أن يخرج أيضا من كان فى إجارة غيره فأقر لآخر بدين فإن له حبسه وإن تضرر المستأجر وهى واقعة الفتوى ولم نرها صريحة (وعندهما لا) تصدق فى حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم درر .

قلت : وينبغى أن يعول على قولهما إفتاء وقضاء لأن الغالب أن الأب يعلمها الإقرار له أو لبعض أقاربها ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مرارا حين ابتليت بالقضاء كذا ذكره المصنف .

على غيره يصح فى حق نفسه ، حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة لا فى حق غيره وقد رأيت المسألة منقولة ولله تعالى الحمد والمنة فى فتاوى العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفى ونصه قال محمد فى الإملاء ولو كانت للرجل عمة أو مولى نعمة فأقرت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت من أبيه أو أمه أو بعم أو بابن عم أخذ المقر له الميراث كله لأن الوارث المعروف أقر بأنه مقدم عليه فى استحقاق ماله وإقراره حجة على نفسه اهـ هذا كلامه ثم قال فلما لم يكن فى هذا دور عندنا لم يذكر فى الموانع وذكر فى بابه اهـ (قوله إلى نصيبه) فيجعل كأنه استوفى نصيبه ولأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون لأن الديون تقضى بأمثالها ثم تلتقى قصاصا فقد أقر بدين على الميت فيلزم المقر كما مر قبيل باب الاستثناء ولا يجرى فى هذه المسألة الخلاف السابق كما لا يخفى على الحاذق (قوله بعد حلفه) أى حلف المنكر أى لأجل الأخ لا لأجل الغريم ، لأنه لاضرر على الغريم فلا ينافى ما يأتى ولو نكل شاركه المقر (قوله لكنه) الاستدراك يقتضى أن لا يحلف فى الأولى ، وبه صرح الزيلعى وهو مخالف لما قدمه عن الأكمل ومر جوابه (قوله يحلف) أى المنكر بالله لم يعلم أنه قبض الدين فإن نكل برئت ذمة المدين، وإن حلف دفع إليه نصيبه بخلاف المسألة الأولى حيث لا يحلف لحق الغريم، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلاحاجة إلى تحليفه وهنا لم يحصل إلا النصف فيحلفه زيلعى .

فصل فى مسائل شتى

(قوله وهى فى الأشباه) وعبارتها الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره فلو أقر المؤجر أن الدار لغيره لا تنفسخ الإجارة إلا فى مسائل : لو أقرت الزوجة بدين فللدائن حبسها وإن تضرر الزوج ، ولو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين فله بيعها لقضائه وإن تضرر المستأجر ، ولو أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبى زوجها وصدقها الأب انفسخ النكاح بينهما بخلاف ما إذا أقرت بالردة ولو طلقها ثنتين بعد الإقرار بالرق لم يملك الرجعة ، وإذا ادعى ولد أمته المبيعة وله أخ ثبت نسبه وتعدى إلى حرمان الأخ من الميراث لكونه للابن ، وكذا المكاتب إذا ادعى نسب ولد حرة فى حياة أخيه صحت وميراثه لولده دون أخيه كما فى الجامع اهـ (قوله وينبغي) البحث لصاحب المنح (قوله إفتاء وقضاء) بنصبهما (قوله لأن الغالب) فيه نظر

(مجهولة النسب أقرت بالرق لإنسان) وصدقها المقر له (ولها زوج وأولاد منه) أى الزوج (وكذبها) زوجها (صح فى حقها خاصة) فولد علق بعد الإقرار رقيق خلافا لمحمد (لا) فى (حقه) يرد عليه انتقاض طلاقها كما حققه فى الشرنبلالية (وحق الأولاد) وفرّع على حقه بقوله (فلا يبطل النكاح) وعلى حق الأولاد بقوله (وأولاد حصلت قبل الإقرار وما فى بطنها وقته أحرار) لحصولهم قبل إقرارها بالرق .

(مجهول النسب حرر عبده ثم أقر بالرق لإنسان وصدقه) المقر له (صح) إقراره (فى حقه) فقط (دون إبطال العتق ، فان مات العتيق يرثه وارثه إن كان) له وارث يستغرق التركة (وإلا فيرث) الكل أو الباقى كافى وشرنبلالية (المقر له فإن مات المقر ثم العتيق فإرثه لعصبة المقر) ولو جنى هذا العتيق سعى فى جنايته لأنه لا عاقلة له ولو جنى عليه يجب أرش العبد وهو كالمملوك فى الشهادة لأن حريته بالظاهر وهو يصلح للدفع لا لاستحقاق .

(قال) رجل لآخر (لى عليك ألف فقال) فى جوابه (الصدق أو الحق أو اليقين أو نكر) كقوله حقا ونحوه (أو كرر لفظ الحق أو الصدق) كقوله الحق الحق أو حقا حقا

إذ العلة خاصة والمدعى عام لأنه لا يظهر فيما إذا كان الإقرار لأجنبى . وقوله ليتوصل الخ لا يظهر أيضا إذ الحبس عند القاضى لا عند الأب فإذا المعول عليه قول الإمام وأيضا لم يستند فى هذا التصحيح لأحد من أئمة الترجيح ط لكن قوله إذ الحبس عند القاضى مخالف لما مر فى بابه أن الخيار فيه للمدعى (قوله مجهولة النسب أقرت) ليس على إطلاقه لما فى الأشباه مجهول النسب إذا أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح وصار عبده إذا كان قبل تأكد الحرية بالقضاء أما بعد قضاء القاضى عليه بحد كامل أو بالقصاص فى الأطراف لا يصح إقراره بالرق بعد ذلك اهـ سائحانى (قوله فولد) التفريع غير ظاهر ومحله فيما بعد ، والظاهر أن يقال فتكون رقيقة له كما أفاده فى العزمية (قوله كما حققه فى الشرنبلالية) حيث قال لأنه نقل فى المحيط عن المبسوط أن طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالإجماع لأنها صارت أمة وهذا حكم يخصها ثم نقل عن الزيادات : ولو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم بإقرارها ملك عليها الرجعة ، ولو علم لا يملك وذكر فى الجامع لا يملك علم أو لم يعلم قبل ما ذكر قياس : وما ذكره فى الجامع استحسان وفى الكافى : آلى وأقرت قبل شهرين فهما عدته ، وإن أقرت بعد مضى شهرين فأربعة . والأصل أنه متى أمكن تداركما خاف فوته بإقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه لأن فوات حقه مضاف إلى تقصيره فإن لم يمكن التدارك لا يصح الإقرار فى حقه فإذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك ، وبعد شهرين لا يمكنه وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم أقرت يملك الثالثة ، ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اهـ .

قلت : وعلى ما فى الكافى لا إشكال لقوله إن فوات حقه مضاف إلى تقصيره تأمل (قوله حرر عبده) ماض مبنى للفاعل وعبده مفعول (قوله فيرث الكل) إن لم يكن له وارث أصلا (قوله أو الباقى) إن كان له وارث لا يستغرق (قوله وشرنبلالية) عبارة الشرنبلالية عن المحيط ، وإن كان للميت بنت كان النصف لها والنصف للمقر له اهـ وإن جنى هذا العتيق سعى فى جنايته ، لأنه لا عاقلة له ، وإن جنى عليه يجب عليه أرش العبد وهو كالمملوك فى الشهادة ، لأن حريته فى الظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق اهـ (قوله أرش العبد) وعليه فقد صار الإقرار حجة متعدية فى حق المجنى عليه فينبغى زيادة هـذه المسألة على الست(١) المتقدمة آنفا

---

(١) (قوله على الست الخ) فيه أنه لم يذكر السادسة وإنما ذكرها ط حيث قال السادسة باع المبيع ثم أقر أن البيع كان تلجئة وصدقه المشترى فله الرد على بائعه بالعيب اهـ مصححه

(ونحوه أو قرن بها البر) كقوله البر حق أو الحق بر الخ (فإقرار ولو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا) يكون إقرارا لأنه كلام تام بخلاف ما مر ، لأنه لا يصلح للابتداء فجعل جوابا فكأنه قال ادعيت الحق الخ ه (قال لأمته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة أو قال هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجد بها واحد منها) أى من هذه العيوب (لا ترد به) لأنه نداء أو شتيمة لا إخبار (بخلاف هذه سارقة أو هذه آبقة أو هذه زانية أو هذه مجنونة) حيث ترد بإحداها لأنه إخبار وهو لتحقيق الوصف (وبخلاف يا طالق أو هذه المطلقة فعلت كذا) حيث تطلق امرأته لتمكنه من إثباته شرعا فجعل إيجابا ليكون صادقا بخلاف الأول درر (إقرار السكران بطريق محظور) أى ممنوع محرم (صحيح) فى كل حق فلو أقر بقود أقيم عليه الحد فى سكره وفى السرقة يضمن المسروق كما بسطه سعدى أفندى فى باب حد الشرب (إلا فى) ما يقبل الرجوع كالردة و (حد الزنا وشرب الخمر وإن سكر (بطريق مباح) كشربه مكرها (لا) يعتبر بل هو كالإغماء إلا فى سقوط القضاء وتمامه فى أحكامات الأشباه (المقر له إذا كذب المقر بطل إقراره) لما تقرر أنه يرتد بالرد (إلا ف) ست على ما هنا تبعا للأشباه (الإقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة والوقف) فى الإسعاف لو وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وإن رده قبل القبول ارتد (والطلاق والرق) فكلها لا ترتد ويزيد الميراث بزازية والنكاح كما فى متفرقات

(قوله ونحوه) بأن كرر اليقين أيضا معرفا أو منكرا (قوله كقوله البر حق الخ) هذا مما يصلح للإخبار ولا يتعين جوابا . والذى فى الدرر البر الحق وهو فى بعض النسخ كذلك وهو ظاهر فإنه يحمل على الإبدال ط (قوله لأنه نداء) أى فيما عدا الأخيرة والنداء إعلام المنادى وإحضاره لا تحقيق الوصف (قوله حيث ترد) أى لو اشتراها من لم يعلم بهذا الإخبار ثم علم ط (قوله بخلاف الأول) فإن السيد لا يتمكن من إثبات هذه الأوصاف فيها ط (قوله بطريق) متعلق بالسكران (قوله عليه الحد) لعله سبق قلم ، والصواب القصاص فليراجع (قوله كما بسطه سعدى) وعبارته هناك وقال صاحب النهاية : ذكر الإمام التمرتاشى ولا يحد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة ، لأنه إذا صحا ورجع بطل إقراره ، ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص ، حيث يقام عليه فى حال سكره ، لأنه لا فائدة فى التأخير ، لأنه لا يملك الرجوع لأنهما من حقوق العباد فأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق اه ولا يخفى عليك أن قوله لأنه لا فائدة فى التأخير محل بحث : وفى معراج الدراية بخلاف حد القذف ، فإنه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره فى المبسوط وفى معراج الدراية قيد بالإقرار ، لأنه لو زنى وسرق فى حاله يحد بعد الصحو بخلاف الإقرار وكذا فى الذخيرة اه (قوله سقوط القضاء) أى قضاء صلاة أزيد من يوم وليلة بخلاف الإغماء (قوله على ما هنا) أى على ما فى المتن وإلا فسيأتى زيادة عليها (قوله بالحرية) فإذا أقر أن العبد الذى فى يده حر ثبتت حريته وإن كذبه العبد ط (قوله فى الإسعاف) ونصه ومن قبل ما وقف عليه ليس له الرد بعده ومن رده أول مرة ليس له القبول بعده اه وتمام التفاريع فيه . ولا يخفى أن الكلام فى الإقرار بالوقف لا فى الوقف ، وفى الإسعاف أيضا : ولو أقر لرجلين بأرض فى يده أنها وقف عليهما ، وعلى أولادهما ونسلهما أبدا ثم من بعدهم على المساكين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها وقفا على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين ، ولو رجع المنكر إلى التصديق رجعت الغلة إليه وهذا بخلاف ما لو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له ثم صدقه فإنها لا تصير له ما لم يقر له بها ثانيا والفرق أن الأرض المقر بوقفيتها لا تصير ملكا لأحد بتكذيب المقر له فإذا رجع ترجع إليه والأرض المقر بكونها ملكا ترجع إلى ملك المقر بالتكذيب اه (قوله لو وقف) فيه أن الكلام فى الإقرار

قضاء البحر وتمامه ثمة واستثنى ثمة مسألتين من الإبراء : وهما إبراء الكفيل لايرتد وإبراء المديون بعد قوله أو أبرئنى فأبرأه لايرتد فالمستثنى عشرة فلتحفظ وفى وكالة الوهبانية ومتى صدقه فيها ثم رده لا يرتد بالرد وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء خلاف؟ والضابط أن ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الرد، وإلا فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق لايقبل الرد وهذا ضابط جيد فليحفظ (صالح أحد الورثة وأبرأه إبراء عاما) أو قال لم يبق لى حق من تركة أبى عند الوصى أو قبضت الجميع ونحو ذلك (ثم ظهر ف) يد وصيه من (التركة شىء لم يكن وقت الصلح) وتحققه (تسمع دعوى حصته منه على الأصح) صلح البزازية ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لى حق أى مما قبضته على أن الإبراء

بالوقف لا فى الوقف، وأيضا الكلام فيما لايرتد ولو قبل القبول على أن عبارة الإسعاف على ما فى الأشباه والمنح أن المقر له إذا رده ثم صدقه صح ح (قوله قضاء البحر) وعبارته قيد بالإقرار بالمال احترازا عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فإنها لا ترد بالرد: أما الثلاثة الأول ففى البزازية قال لآخر: أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده، ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لا يبطل بجحود المولى بخلاف الإقرار بالعين والدين حيث يبطل بالرد، والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد، لأنهما إسقاط يتم بالمسقط وحده وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففى شرح المجمع من الولاء وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن اه وتمامه هناك (قوله واستثنى ثمة) لا حاجة إلى ذكرهما هنا فإنهما ليستا مما نحن فيه ح أى لأن الكلام فى الإقرار وما ذكر فى الإبراء (قوله مسألتين) حيث قال: ثم اعلم أن الإبراء يرتد بالرد إلا فيما إذا قال المديون أبرئنى فأبرأه فإنه لايرتد كما فى البزازية وكذا إبراء الكفيل لا يرتد بالرد فالمستثنى مسألتان كما أن قولهم إن الإبراء لايتوقف على القبول يخرج عنه الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلاه كما قدمناه فى باب السلم (قوله فيها) أى فى الوكالة (قوله أو قال) عطف على صالح لأنها مسألة أخرى فى أوائل الثلث الثالث من فتاوى الحانوتى كلام طويل فى البراءة العامة فراجعه: وفى الخانية: وصى الميت إذا دفع ماكان فى يده من تركة الميت إلى ولد الميت وأشهد الولد على نفسه أنه قبض التركة ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى فى يد الوصى شيئا وقال من تركة والدى وأقام على ذلك بينة، وكذا لو أقر الوارث أنه قبض جميع ما على الناس من تركة والده ثم ادعى على رجل دينا لوالده تسمع دعواه.

قلت: ووجه سماعها أن إقرار الولد لم يتضمن إبراء شخص معين وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء ولو تنزلنا للبراءة فهى غير صحيحة فى الأعيان شرح وهبانية للشرنبلالى، وفيه نظر لأن عدم صحتها معناه أن لاتصير ملكا للمدعى عليه وإلا فالدعوى لاتسمع كما يأتى فى الصلح (قوله صلح البزازية) وعبارة البزازية قال تاج الإسلام(١) واحد صالح الورثة وأبرأ إبراء عاما ثم ظهر فى التركة شىء لم يكن وقت الصلح لا رواية فى جواز الدعوى: ولقائل أن يقول تجوز دعوى حصته فيه وهو الأصح. ولقائل أن يقول لا اه وللشرنبلالى رسالة سماها: تنقيح الأحكام فى الإقرار والإبراء الخاص والعام.

---

(١) (قوله قال تاج الإسلام الخ) قال شيخنا: عبارة البزازية أحد الورثة صالح وأبرأ الخ وحينئذ فتكون مساوية لعبارة الخانية المارة، ويكون الحكم سماع الدعوى حيث لم يكن فى العبارة تعيين المبرإ، وحيث أن المصنف نقل عبارة البزازية هذه نحكم بأن ذكر الضمير بعد أبرأ فيه تحريف، إذ ليس هذا الضمير موجودا فى البزازية. نعم يبقى قول الشارح لم يبق لى حق من تركة أبى عند الوصى مشكلا اه.

. . . .

أجاب فيها بأن البراءة العامة بين الوارثين مانعة من دعوى شيء سابق عليها عينا أو دينا بميراث أو غيره ، وحقق ذلك بأن البراءة إما عامة كلاحق أو لادعوى أو لاخصومة لى قبل فلان ، أو هو برىء من حقى أو لادعوى لى عليه أو لاتعلق لى عليه أو لاأستحق عليه شيئا أو أبرأته من حقى أو مما لى قبله ، وإما خاصة بدين خاص كابرأته من دين كذا أو عام كابرأته مما لى عليه ، فيبرأ عن كل دين دون العين ، وأما خاصة بعين فتصح لنفى الضمان لاالدعوى فيدعى بها على المخاطب وغيره ، وإن كان عن دعواها فهو صحيح . ثم إن الإبراء لشخص مجهول لايصح وإن لمعلوم صح ولو بمجهول فقوله : قبضت تركة مورثى كلها أو كل من لى عليه شيء أو دين فهو برىء ليس إبراء عاما ولا خاصا بل هو إقرار مجرد لايمنع من الدعوى لما فى المحيط قال : لادين لى على أحد ثم ادعى على رجل دينا صح لاحتمال وجوبه بعد الإقرار ، وفيه أيضا وقوله هو برىء مما لى عنده إخبار عن ثبوت البراءة لا إنشاء وفى الخلاصة لاحق لى قبله فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة وإجارة وجناية وحد اه وفى الأصل فلا يدعى إرثا ولا كفالة نفس أومال ولادينا أومضاربة أوشركة أووديعة أوميراثا أودارا أو عبدا أو شيئا إلاشيئا حادثا بعدالبراءة اه فما فى شرح المنظومة (١) عن المحيط أبرأ أحد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكر والا تسمع دعواه وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه ظاهر فيما إذا لم تكن البراءة عامة لما علمته ، ولما سنذكر أنه لو أبرأه عاما ثم أقر بعده بالمال المبرأ به لايعود بعد سقوطه . وفى العمادية قال ذو اليد : ليس هذا لى وليس ملكى أو لاحق لى فيه ، أو نحو ذلك ولا منازع له حينئذ ، ثم ادعاه أحد فقال ذو اليد هو لى فالقول له لأن الإقرار لمجهول باطل والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد اه ومثله فى الفيض وخزانة المفتين فبهذا علمت الفرق بين أبرأتك أو لاحق لى قبلك وبين قبضت تركة مورثى أو كل من لى عليه دين ، فهو برىء ولم يخاطب معينا ، وعلمت بطلان فتوى بعض أهل زماننا بأن إبراء الوارث وارثا آخر إبراء عاما لايمنع من دعوى شيء من التركة ، وأما عبارة البزازية أى التى قدمناها فأصلها معزو إلى المحيط وفيه نظر ظاهر ، ومع ذلك لم يقيد الإبراء بكونه لمعين أولا وقد علمت اختلاف الحكم فى ذلك ثم إن كان المراد به اجتماع الصلح المذكور فى المتون والشروح فى مسألة التخارج مع البراءة العامة لمعين فلا يصح أن يقال فيه لارواية فيه كيف وقد قال قاضيخان : اتفقت الروايات على أنه لاتسمع الدعوى بعده إلا فى حادث وإن كان المراد به الصلح والإبراء بنحو قوله : قبضت تركة مورثى ولم يبق لى فيها حق إلا استوفيته ، فلا يصح قوله لارواية فيه أيضا لما قدمناه من النصوص على صحة دعواه بعده ، واتفقت الروايات على صحة دعوى ذى اليد المقر بأن لاملك له فى هذا العين عند عدم المنازع . والذى يتراءى أن المراد من تلك العبارة الإبراء لغير معين مع مافيه ، ولو سلمنا أن المراد به المعين وقطعنا النظر عن اتفاق الروايات على منعه من الدعوى بعده ، فهو مباين لما فى المحيط عن المبسوط . والأصل والجامع الكبير ومشهور الفتاوى المعتمدة كالخانية والخلاصة ، فيقدم مافيها ولا يعدل عنها إليه ؛ وأما مافى الأشباه والبحر عن القنية افترق الزوجان ، وأبرأ كل صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان قائمة لاتبرأ المرأة منها وله الدعوى ، لأن الإبراء إنما ينصرف إلى

---

(١) (قوله فما فى شرح المنظومة الخ) قال شيخنا : لاحاجة إلى هذا الحمل بل الحكم كذلك ولو كانت البراءة عامة ، إذ غاية مافى البراءة العامة منع الدعوى فى الأعيان لكن لاتصير العين بها ملكا للمبرإ فلو أقر بها يؤمر بالدفع بخلاف الدين فإنه يملك بالبراءة فلايؤمر بالدفع لو أقر ومنع المبرأ من الدعوى لاينافى أمر المقر بالدفع ؛ ألا ترى أن من منع من سماع الدعوى لطول المدة لو أقر خصمه بالمدعى فإنه يؤمر بالدفع اه .

عن الأعيان باطل وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة كما أفاده ابن الشحنة واعتمده الشرنبلالي وستحققه في الصلح :

(أقر) رجل بمال في صك وأشهد عليه به (ثم ادعى أن بعض هذا المال) المقر به (قرض وبعضه ربا عليه فإن أقام على ذلك بينة تقبل) وإن كان متناقضا لأنا نعلم أنه مضطر إلى هذا الإقرار شرح وهبانية .

قلت : وحرر شارحها الشرنبلالي إنه لا يفتى بهذا الفرع لأنه لا عذر لمن أقر غايته أن يقال بأنه يحلف المقر له على قول أبي يوسف المختار للفتوى في هذه ونحوها اه .

قلت : وبه جزم المصنف فيمن أقر فتدبر :

(أقر بعد الدخول) من هنا إلى كتاب الصلح ثابت في نسخ المتن ساقط من نسخ الشرح (إنه طلقها قبل الدخول لزمه مهر) بالدخول (ونصف) بالإقرار :

(أقر المشروط له الريع) أو بعضه (إنه) أي ريع الوقف (يستحقه فلان دونه صح) وسقط حقه ولو كتاب

الديون لا الأعيان اه فمحمول على حصوله بصيغة خاصة كقوله : أبرأتها عن جميع الدعاوى مما لي عليها فيختص بالديون فقط لكونه مقيدا بمالي عليها ويؤيده التعليل ، ولو بقي على ظاهره فلا يعدل عن كلام المبسوط والمحيط وكافي الحاكم المصرح بعموم البراءة لكل من أبرأ إبراء عاما إلى مافي القنية اه .

هذا حاصل ماذكره الشرنبلالي في رسالته وهي قريب من كراسين وقد أكثر فيها من النقول فمن أراد الزيادة فليرجع إليها وبه علم أنه ماكان ينبغي للمصنف أن يذكر مافي البزازية متنا وأما ماسيجيء آخر الصلح فليس فيه إبراء عام فتدبر وانظر شرح الملتقى في الصلح (قوله عن الأعيان) سيأتي الكلام على ذلك في الصلح (قوله في الصلح) أي في آخره (قوله أقر رجل) تقدمت المسألة متنا في متفرقات القضاء (قوله شرح وهبانية) وبه أفتى في الحامدية والخيرية من الدعوى (قوله لاعذر لمن أقر) فيه أن اضطراره(1) إلى هذا الإقرار عذر (قوله غايته) حاصله : أنه لافائدة لدعواه أن بعض المقر به ربا إلا تحليف المقر له بناء على أن الثاني إذا ادعى أنه أقر كاذبا يحلف المقر له ، وهذه المسألة من أفرادها فلذا قال في هذه ونحوها ولقد أبعد من حمل قول أبي يوسف على الضرورة فقط كما في هذه المسألة كما مر قبيل الاستثناء (قوله أن يقال الخ) ولأنه لايتأتى على قول الإمام لأنه يقول بلزوم المال ولا يقبل تفسيره وصل أو فصل وعندهما إن وصل قبل وإلا فلا ولفظة ثم تفيد الفصل فلا يقبل اتفاقا شرنبلالية (قوله وبه جزم) أي بقول أبي يوسف (قوله فيمن أقر) وفي نسخة فيما مر وعليها فإنه مر قبيل الإستثناء (قوله من نسخ الشرح) أي المنح (قوله أنه يستحقه) يعمل بالمصادقة على الاستحقاق ، وإن خالفت كتاب الوقف لكن في حق المقر خاصة الخ مامر في الوقف (قوله وسقط حقه) الظاهر أن المراد سقوطه ظاهرا فإذا لم يكن مطابقا للواقع لايحل للمقر له أخذه ثم إن هذا السقوط مادام حيا ، فإذا مات عاد على ماشرط الواقف ، قال السائحاني في مجموعته وفي الخصاف : قال المقر له بالغلة عشر سنوات من اليوم لزيد ، فإن مضت رجعت للمقر له فإن مات المقر له والمقر قبل مضيها ترجع الغلة على شرط الواقف ، فكأنه صرح ببطلان المصادقة بمضي المدة أو موت المقر :

وفي الخصاف أيضا رجل وقف على زيد وولده ثم للمساكين فأقر زيد به ، وبأنه على بكر ثم مات زيد بطل إقراره لبكر وفي الحامدية إذا تصادق جماعة الوقف ثم مات أحدهم عن ولد فهل تبطل مصادقة الميت في حقه ؟

---

(1) (قوله فيه أن الخ) فيه أن المراد بنفي العذر نفي قبوله أي لاعذر مقبول ولو كان موجودا تأمل اه .

الوقف بخلافه (ولو جعله لغيره أو أسقطه) لا لأحد (لم يصح) وكذا المشروط (له النظر على هذا) كما مر في الوقف وذكره في الأشباه ثمة وهنا وفي الساقط لا يعود فراجعه (القصص المرفوعة إلى القاضي لا يؤاخذ رافعها بما كان فيها من إقرار وتناقض) لما قدمنا في القضاء إنه لا يؤاخذ بما فيها (إلا إذا) أقر بلفظه صريحا (قال له على ألف في علمي أو فيما أعلم أو أحسب أو أظن لا شيء عليه) خلافا للثاني في الأول(١) قلنا هي للشك عرفا نعم لو قال قد علمت لزمه اتفاقا (قال غصبنا ألفا) من فلان (ثم قال كنا عشرة أنفس) مثلا (وادعى الغاصب) كذا في نسخ المتن وقد علمت سقوط ذلك من نسخ الشرح وصوابه وادعى الطالب كما عبر به في المجمع وقال شراحه أي المغصوب منه (إنه هو وحده) غصبها (لزمه الألف كلها) وألزمه زفر بعشرها قلنا هذا الضمير يستعمل في الواحد والظاهر أنه يخبر بفعله دون غيره فيكون قوله كنا عشرة رجوعا فلا يصح نعم لو قال غصبناه كلنا صح اتفاقا لأنه لا يستعمل في الواحد ؛

(قال) رجل (أوصى أبي بثلث ماله لزيد بل لعمرو بل لبكر فالثلث للأول وليس لغيره شيء) وقال زفر لكل ثلثه وليس للابن شيء قلنا نفاذ الوصية في الثلث وقد أقر به للأول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثاني بها بخلاف الدين لنفاذه من الكل الكل من المجمع :

[فروع] أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل إلا إذا أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتي ، ثم تبين عدم الوقوع لم يقع يعني ديانة قنية .

الجواب : نعم ويظهر لي من هذا أن من منع عن استحقاقه بمضي المدة الطويلة إذا مات فولده يأخذ ماشرطه الواقف له لأن الترك لايزيد على صريح المصادقة ، ولأن الولد لم يتملكه من أبيه وإنما يتملكه من الواقف اه (قوله ولو جعله الخ) وفي إقرار الإسماعيلية فيمن أقرت بأن فلانا يستحق ربع مايخصها من وقف كذا في مدة معلومة بمقتضى أنها قبضت منه مبلغاً معلوما فأجاب : بأنه باطل لأنه بيع الاستحقاق المعدوم وقت الإقرار بالمبلغ المعين ، وإطلاق قولهم لو أقر المشروط له الريع أنه يستحقه فلان دونه يصح ولو جعله لغيره لم يصح يقضي ببطلانه ، فإن الإقرار بعوض معاوضة اه ملخصا .

وفي الخصاف : فإن كان الواقف جعل أرضه موقوفة على زيد ثم من بعده على المساكين فأقر زيد بهذا الإقرار يعني بقوله جعلها وقفا علي وعلى هذا الرجل يشاركه الرجل في الغلة أبدا ما كان حيا فإن مات زيد كانت للمساكين ،ولم يصدق زيد عليهم ،وإن مات المقر له وزيد في الحياة فالنصف الذي أقر به زيد للمساكين والنصف لزيد فإذا مات صارت الغلة كلها للمساكين وكذا لو أقر أنها على هذا الرجل وحده فالغلة كلها للرجل مادم زيد المقر حيا فإذا مات فللمساكين ولا يصدق عليهم وإنما يصدق على إبطال حق نفسه مادام حيا اه ملخصا ويظهر من هذا أن المصادقة على الاستحقاق تبطل بموت المقر للزوم الضرر على من بعده ، ولا تبطل بموت المقر له عملا بإقرار المقر على نفسه بقي مالو أقر جماعة مستحقون كثلاثة أخوة مثلا موقوف عليهم سوية ، فتصادقوا على أن زيدا منهم يستحق النصف ، فإذا مات زيد تبقى المصادقة وإن مات المقران تبطل وإن مات أحدهما تبطل في حصته فقط والذي يكثر وقوعه في زماننا المصادقة في النظر والذي يقتضيه النظر بطلانها بموت كل منهما ويرجع التوجيه إلى القاضي هذا ماظهر لنا فتأمل (قوله كذا في نسخ المتن) أي بعضها وفي بعض نسخ المتن المغصوب منه (قوله من الكل) وقد تقدم قبل إقرار المريض (قوله بناء على إفتاء المفتي) وفي البزازية ظن وقوع الثلاث بافتاء من

---

(١) (قول الشارح في الأول) أي الشق الأول وهو قوله في علمي أو فيما أعلم وهو أحسن في تفسيره بفي علمي فقط إذ لا فرق بينه وبين فيما أعلم اه .

إقرار المكره باطل إلا إذا أقر السارق مكرها فأفتى بعضهم بصحته ظهيرية .
الإقرار بشيء محال وبالدين بعد الإبراء منه باطل ولو بمهر بعد هبتها له على الأشبه . نعم لو ادعى دينا بسبب حادث بعد الإبراء العام وإنه أقر به يلزمه ذكره المصنف فى فتاويه .
قلت : ومفاده أنه لو أقر ببقاء الدين أيضا فحكمه كالأول وهى واقعة الفتوى فتأمل .
الفعل فى المرض أحط من فعل الصحة إلا فى مسألة إسناد الناظر لغيره بلا شرط فإنه صحيح فى المرض لا فى الصحة تتمة وتمامه فى الأشباه وفى الوهبانية :

ليس بأهل ، فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب ، ثم أفتاه عالم بعدم الوقوع له أن يعود إليها فى الديانة لكن القاضى لا يصدقه لقيام الصك سائحانى (قوله بشيء محال) كما لو أقر له بأرش يده التى قطعها خمسمائة درهم ويداه صحيحتان لم يلزمه شيء كما فى حيل التاترخانية ، وعلى هذا أفتيت ببطلان إقرار إنسان بقدر من السهام لوارث ، وهو أزيد من الفريضة الشرعية لكونه محالا شرعا ، ولابد من كونه محالا من كل وجه وإلا فلو أقر أن لهذا الصغير على ألف درهم قرض أقرضنيه أو من ثمن مبيع باعنيه صح الإقرار كما مر أشباه ملخصا (قوله وبالدين) قيد به لأن إقراره بالعين بعد الإبراء العام صحيح مع أنه يبرأ من الأعيان فى الإبراء العام كما صرح به فى الأشباه ، وتحقيق الفرق فى رسالة الشرنبلالى فى الإبراء العام (قوله بعد هبتها له على الأشبه) قال فى البزازية وفى المحيط : وهبت المهر منه ثم قال اشهدوا أن لها على مهرا كذا فالمختار عند الفقيه ، أن إقراره جائز وعليه المذكور إذا قبلت لأن الزيادة لا تصح بلا قبولها والأشبه أن لا يصح : ولا تجعل زيادة بغير قصد الزيادة عن الحموى برهن أنه أبرأنى عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعى ثانياً أنه أقر لى بالمال بعد إبرائى فلو قال المدعى عليه أبرأنى ، وقبلت الإبراء وقال صدقته فيه لا يصح الدفع يعنى دعوى الإقرار ، ولو لم يقله يصح الدفع لاحتمال الرد والإبراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه بخلاف قبوله إذ لا يرتد بالرد بعده جامع الفصولين ، لكن كلامنا فى الإبراء عن الدين ؛ وهذا فى الإبراء عن الدعوى . وفى الرابع والعشرين من التاترخانية : ولو قال أبرأتك مما لى عليك فقال لك على ألف قد صدقت فهو برىء استحسانا لا حق لى فى هذه الدار فقال كان لك سدس ، فاشتريتها منك فقال لم أبعه فله السدس ولو قال خرجت عن كل حق لى فى هذه الدار أو برئت منه إليك أو أقررت لك ، فقال الآخر اشتريتها منك فقال لم أقبض الثمن فله الثمن اه وفيها عن العتابية ولو قال : لا حق لى قبل برىء من كل عيب ودين وعلى هذا لو قال فلان برىء مما لى قبله دخل المضمون والأمانة ، ولو قال هو برىء مما لى عليه دخل المضمون دون الأمانة ولو قال هو برىء مما لى عنده فهو برىء من كل شيء أصله أمانة ، ولا يبرأ عن المضمون ولو ادعى الطالب حقا بعد ذلك وأقام بينة ، فإن كان أرخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته ، وإن لم يؤرخ فالقياس أن تسمع وحمل على حق وجب بعدها وفى الاستحسان لا تقبل بينته (قوله ذكره المصنف فى فتاويه) ونصه سئل عن رجلين صدر بينهما إبراء عام ، ثم إن رجلا منهما بعد الإبراء العام أقر أن فى ذمته مبلغا معينا للآخر فهل يلزمه ذلك أم لا ؟ أجاب : إذا أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه كما فى الفوائد الزينية نقلا عن التاترخانية نعم إذا ادعى عليه دينا بسبب حادث بعد الإبراء العام وأنه أقر به يلزمه اه وانظر ما فى إقرار تعارض البينات لغانم البغدادى (قوله قلت ومفاده) أى مفاد تقييد اللزوم بدعواه بسبب حادث وقوله لو أقر ببقاء الدين أى بأن قال : ما أبرأنى منه باق فى ذمتى والفرق بين هذا وبين قوله السابق وبالدين بعد الإبراء منه أنه قال هناك بعد الإبراء لفلان على كذا تأمل (قوله ببقاء الدين) أى بعد الإبراء العام (قوله كالأول) أى الإقرار بالدين بعد الإبراء منه (قوله تتمة) اسم كتاب

أقر بمهر المثل فى ضعف موته ... فبينة الإيهاب من قبل تهدر
وإسناد ببيع فيه للصحة اقبلن ... وفى القبض من ثلث التراث يقدر
وليس بلا تشهد مقرا نعده ... ولو قال لا تخبر فخاف يسطر
ومن قال ملكى ذا الذى كان منشأ ... ومن قال هذا ملك ذا فهو مظهر
ومن قال لا دعوى لى اليوم عند ذا ... فما يدعى من بعد منها فمنكر

كتاب الصلح

مناسبته أن إنكار المقر سبب للخصومة المستدعية للصلح (هو) لغة اسم من المصالحة وشرعا (عقد يرفع النزاع) ويقطع الخصومة (وركنه الإيجاب) مطلقا (والقبول) فيما يتعين أما فيما لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول عناية وسيجىء (وشرطه العقل) لا البلوغ والحرية (فصح من صبى مأذون إن عرى) صلحه (عن ضرر بين و) صح (من عبد مأذون ومكاتب) لو فيه نفع (و) شرطه أيضا (كون المصالح عليه معلوما إن كان يحتاج

(قوله أقر بمهر المثل) قيد به إذا لو كان الإقرار بأزيد منه لم يصح (قوله الإيهاب) أى لو أقامت الورثة البينة ومثله الإبراء كما حققه ابن الشحنة (قوله من قبل تهدر) أى فى حالة الصحة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها فى حياته لا تقبل، ولا ينافى هذا ماقدمه الشارح من بطلان الإقرار بعد الهبة لاحتمال أنه أبانها ثم تزوجها على المهر المذكور فى هذه المسألة كذا قيل وفيه أن الاحتمال موجود ثمة (قوله وإسناد) قال فى المنتقى لو أقر فى المرض الذى مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان فى صحته ، وقبض الثمن وادعى ذلك المشترى ، فإنه يصدق فى البيع ولا يصدق فى قبض الثمن إلا بقدر الثلث هذه مسألة النظم إلا أنه أغفل فيه قيد تصديق المشترى ابن الشحنة مدنى وقدمنا قبل نحو خمسة أوراق عن نور العين كلاما فراجعه (قوله فيه) أى فى ضعف الموت (قوله من ثلث التراث) أى الميراث (قوله تشهد) باسكان الدال المهملة (قوله نعده) بفتح النون وبالعين ورفع الدال المشددة (قوله فخلف) برفع الخاء وإسكان اللام قال المقدسى ذكر محمد أن قوله لا تخبر فلانا أن له على ألفا إقرار وزعم السرخسى أن فيه روايتين سائحانى (قوله منشأ) أى كان هبة (قوله مظهر) بضم الميم أى مقر :

كتاب الصلح

(قوله مطلقا) فيما يتعين وفيما لا يتعين (قوله بلا قبول) لأنه إسقاط وسيجىء قريبا (قوله وشرطه الخ) وشرطه أيضا قبض بدله إن كان دينا بدين وإلا لا كما سيأتى فى مسائل شتى آخر الكتاب فراجعه ، وأوضحه فى الدرر هنا (قوله فصح من صبى الخ) وكذا عنه بأن صالح أبوه عن داره وقد ادعاها مدع وأقام البرهان (قوله لو فيه نفع) لو قال لو لم يكن فيه ضرر بين لكان أولى ، ليشمل ما إذا لم يكن فيه نفع ، ولا ضرر أو كان فيه ضرر غير بين ط (قوله معلوما) قال فى جامع الفصولين عازيا للمبسوط : الصلح على خمسة أوجه : صلح على دراهم أو دنانير أو فلوس فيحتاج إلى ذكر القدر . الثانى: على بر أو كيلى أو وزنى مما لا حمل له ولا مؤنة ، فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة إذ يكون جيدا أو وسطا أو رديئا فلابد من بيانه . الثالث : على كيلى أو وزنى مما له حمل ومؤنة فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند أبى حنيفة كما فى السلم . الرابع : صلح على ثوب ، فيحتاج إلى ذكر ذرع وصفة وأجل إذ الثوب لا يكون دينا إلا فى السلم وهو عرف مؤجلا . الخامس: صلح على حيوان ولا يجوز

إلى قبضه و) كون (المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو) كان (غير مال كالقصاص والتعزير معلوما كان) المصالح عنه (أو مجهولا لا) يصح (لو) المصالح عنه (مما لا يجوز الاعتياض عنه) وبينه بقوله (كحق شفعة وحد قذف وكفالة بنفس) ويبطل به الأول والثالث وكذا الثاني لو قبل الرفع للحاكم لاحد زنا وشرب مطلقا (وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين) كالدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك، لأنه إسقاط للبعض وهو يتم بالمسقط (وإن كان مما يتعين بالتعيين فلا بد من قبول المدعى عليه) لأنه كالبيع بحر (وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى ووقوع الملك في مصالح عليه) وعنه لو مقرا أو هو صحيح مع إقرار أو سكوت أو إنكار فالأول حكمه (كبيع إن وقع عن مال بمال)

إلا بعينه إذ الصلح من التجارة والحيوان لا يصالح دينا فيها اه (قوله إلى قبضه) بخلاف مالا يحتاج إلى قبضه مثل أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى جاز (قوله والتعزير) أي إذا كان حقا للعبد(١) كما لا يخفى ح (قوله أو مجهولا) أي بشرط أن يكون مما لا يحتاج إلى التسليم كترك الدعوى مثلا، بخلاف مالو كان عن تسليم المدعى: وفي جامع الفصولين: ادعى عليه مالا معلوما، فصالحه على ألف درهم، وقبض بدل الصلح وذكر في آخر الصك، وأبرأ المدعى عن جميع دعاواه وخصوماته إبراء صحيحا عاماً فقيل: لم يصح الصلح لأنه لم يذكر قدر المدعى فيه، ولابد من بيانه ليعلم أن هذا الصلح وقع معاوضة أو إسقاطا أو وقع صرفا شرط فيه التقابض في المجلس أولا وقد ذكر قبض بدل الصلح ولم يتعرض لمجلس الصلح فمع هذا الاحتمال لا يمكن القول بصحة الصلح وأما الإبراء فقد حصل على سبيل العموم فلا تسمع دعوى المدعى بعين للإبراء العام لا للصلح اه وتقدم التصريح به في الاستحقاق وانظر ما كتبناه عن الفتح أواخر خيار العيب (قوله كحق شفعة) إذ هو عبارة عن ولاية الطلب وتسليم الشفعة لا قيمة له، فلا يجوز أخذ المال في مقابلته (قوله والثالث) هو إحدى الروايتين وبها يفتى كما في الشرنبلالية عن الصغرى أما بطلان الأول فرواية واحدة كما فيها أيضا عن الصغرى (قوله للحاكم) ظاهره أنه يبطل بالصلح أصلا، وهو الذى في الشرنبلالية عن قاضيخان، فإنه قال بطل الصلح وسقط الحد إن كان قبل أن يرفع إلى القاضي، وإن كان بعده لا يبطل الحد وقد سبق أنه إنما سقط بالعفو، لعدم الطلب حتى لو عاد وطلب حد، إلا أن يحمل ما في الخانية على أنه لم يطالب بعد (قوله مطلقا) قبل الرفع وبعده (قوله وطلب الصلح) فاعل طلب مستتر فيه والصلح مفعوله ولا حاجة إليه لأنه تكرار مع ما في المتن (قوله على ذلك) وفي بعض النسخ هذه (قوله بالمقسط) هذا يفيد أنه لا يشترط الطلب كما لا يشترط القبول ط (قوله وحكمه وقوع الخ) قال في البحر: وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى، سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما لا يحتمل التمليك كالمال، وكان المدعى عليه مقرا به وإن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص فالحكم وقوع البراءة كما إذا كان منكرا مطلقا (قوله ووقوع الملك) أي للمدعى أو المدعى عليه (قوله عليه) أي مطلقا ولو منكرا (قوله كبيع) أي فتجرى فيه أحكام البيع، فينظر إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكر هنا وإن وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعى، فهو حط وإبراء وإن كان مثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا اه من الزيلعي رملي قال في البحر: اعتبر بيعا إن كان على خلاف الجنس إلا في مسئلتين وتمامه فيه

---

(١) (قوله إذا كان حقا للعبد) أما إذا كان حقا لله تعالى كقبلة في أجنبية فالظاهر عدم صحة الصلح عنه وحرره اه ط.

وحينئذ (فتجرى فيه) أحكام البيع كـ (الشفعة والرد بعيب وخيار رؤية وشرط ويفسده جهالة البدل المصالح عليه لاجهالة) المصالح عنه لأنه يسقط وتشترط القدرة على تسليم البدل (وما استحق من المدعى) أى المصالح عنه (رد المدعى حصته من العوض) أى البدل إن كلا فكلا أو بعضا فبعضا (وما استحق من البدل يرجع) المدعى (بحصته من المدعى) كما ذكرنا لأنه معاوضة وهذا حكمها (و) حكمه (كإجارة) إن وقع (الصلح) عن مال (بمنفعة) كخدمة عبد وسكنى دار (فشرط التوكيل فيه) إن احتيج إليه وإلا لا كصبغ ثوب (ويبطل بموت أحدهما وبهلاك المحل فى المدة) وكذا لو وقع عن منفعة بمال أو بمنفعة عن جنس آخر ابن كمال لأنه حكم الإجارة (والأخيران) أى الصلح بسكوت أو إنكار (معاوضة فى حق المدعى وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) وحينئذ (فلا شفعة فى صلح عن دار مع أحدهما) أى مع سكوت أو إنكار لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته ، فإن كان للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لأن بإقامة الحجة تبين أن الصلح كان فى معنى البيع ، وكذا لو لم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل شرنبلالية (وتجب فى صلح)

(قوله فتجرى فيه) أى فى هذا الصلح منح فشمل المصالح عنه والمصالح عليه ،حتى لو صالح عن دار بدار وجبت فيها الشفعة ط (قوله وتشترط) فى موضع التعليل لقوله ويفسده جهالة البدل (قوله من المدعى) بالبناء للمفعول (قوله إن كلا الخ) أشار إلى أن من بيانية أو تبعيضية وكل مراد تأمل (قوله كما ذكرنا) أى أن كلا فكلا أو بعضا فبعضا ح (قوله لأنه معاوضة) مقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن فإن مثليا رجع بمثله أو قيميا فبقيمته ولا يفسد العقد ط

[فرع] قال فى البزازية ، وفى نظم الفقه : أخذ سارقا من دار غيره ، فأراد رفعه إلى صاحب المال ، فدفع له السارق مالا على أن يكف عنه يبطل ، ويرد البدل إلى السارق لأن الحق ليس له ،ولو كان الصلح مع صاحب السرقة برئ من الخصومة بأخذ المال وحد السرقة لايثبت من غير خصومة ويصح الصلح اهـ وفيها أيضا اتهم بسرقة وحبس فصالح ، ثم زعم أن الصلح ، كان خوفا على نفسه إن فى حبس الوالى تصح الدعوى ،لأن الغالب أنه حبس ظلما وإن فى حبس القاضى لاتصح ، لأن الغالب أنه يحبس بحق اهـ (قوله إن احتيج إليه) كسكنى دار (قوله بموت أحدهما) أى إن عقدها لنفسه بحر (قوله وبهلاك المحل) أى قبل الاستيفاء وتمامه فى البحر (قوله لو وقع) كان ينبغى ذكره قبل قوله فشرط التوقيت فيه (قوله عن منفعة) يعنى أنه يصح الصلح ، فلو ادعى مجرى فى دار أو مسيلا على سطح أو شربا فى نهر ، فأقر أو أنكر ثم صالحه على شىء معلوم جاز كما فى القهستانى علائى شرح ملتقى كذا فى الهامش (قوله عن جنس آخر) كخدمة عبد عن سكنى دار (قوله فى حق المدعى) فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا تفرقا قبل القبض بحر (قوله عن دار) يعنى إذا ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر وأنكر فصالح عنها بدفع شىء لم تجب الشفعة لأنه يزعم أنه يستبقى الدار المملوكة على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعى عن نفسه ، لا أنه يشتريها وزعم المدعى لايلزمه منح ادعيا أرضا فى يد رجل بالإرث من أبيهما ، فجحد ذو اليد فصالحه أحدهما على مائة لم يشاركه الآخر ، لأن الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء يمين فى زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك وفى رواية عن أبى(١) يشاركه خانية ملخصا (قوله وتجب) أى تجب الشفعة فى دار وقع الصلح عليها بأن تكون بدلا

---

(١) قوله (عن أبى) قد سقط من أصل نسخة المؤلف لفظ مايضاف إليه أبى فتركت محله بياضا ليوضع فيه مايوجد فى الثانية بعد مراجعتها اهـ من هامش الأصل .

وقع (عليها بأحدهما) أو بإقرار ، لأن المدعى يأخذها عن المال فيؤاخذ بزعمه (وما استحق من المدعى رد المدعى حصته من العوض ورجع بالخصومة فيه) فيخاصم المستحق لخلو العوض عن الغرض (وما استحق من البدل رجع إلى الدعوى فى كله أو بعضه) هذا إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع فإن وقع به رجع بالمدعى نفسه لا بالدعوى ؛ لأن إقدامه على المبايعة إقرار بالملكية عينى وغيره (وهلاك البدل) كلا أو بعضا (قبل التسليم له) أى للمدعى (كاستحقاقه) كذلك (فى الفصلين) أى مع إقرار أو سكوت وإنكار وهذا لو البدل مما يتعين وإلا لم يبطل بل يرجع بمثله عينى (صالح عن) كذا نسخ المتن والشرح وصوابه على (بعض ما يدعيه) أى عين يدعيها لجوازه فى الدين كما سيجيء فلو ادعى عليه دارا فصالحه على بيت معلوم منها فلو من غيرها صح قهستانى (لم يصح) لأن ما قبضه من عين حقه وإبراء عن الباقى والإبراء عن الأعيان باطل قهستانى وحيلة صحته ماذكره بقوله (إلا بزيادة شيء) آخر كثوب ودرهم (فى البدل) فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى (أو) يلحق به (الإبراء عن دعوى الباقى)

(قوله بأحدهما) أى الإنكار والسكوت (قوله لخلو) علة لقوله رد المدعى حصته (قوله رجع) أى المدعى (قوله إلى الدعوى) إلا إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به ، فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح كما إذا ادعى ألفا فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها ، سواء كان الصلح بعد الإقرار أو قبله كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق ، فإن الصلح يبطل وإن كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس بحر (قوله رجع إلى الدعوى) إلا إذا كان المصالح عنه مما لا يقبل النقض فإنه يرجع بقيمة المصالح عليه كالقصاص والعتق والنكاح والخلع كما فى الأشباه عن الجامع الكبير ، وتمام الكلام عليه فى حاشية الحموى (قوله فى كله) إن استحق كل العوض (قوله أو بعضه) إن استحق بعضه (قوله لأن إقدامه) أى المدعى عليه (قوله بالملكية) أى للمدعى بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه مايدل على أنه أقر بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة (قوله كاستحقاقه) فيرجع بالدعى أو بالدعوى در منتقى كذا فى الهامش (قوله كذلك) أى كلا أو بعضا (قوله بعض ما يدعيه) أى وهو قائم ويأتى حكم ما إذا كان هالكا عند قول المتن والصلح عن المغصوب الهالك وقال القهستانى : لأن المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقى والإبراء عن الأعيان باطل اه مدنى (قوله أو يلحق) منصوب بأن مثل أو يرسل (قوله عن دعوى الباقى) قيد بالإبراء عن دعواه ، لأن الإبراء عن عينه غير صحيح ، كذا فى المبسوط ابن ملك بأن يقول : برئت عنها أو عن خصومتى فيها أو عن دعوى هذه الدار ، فلا تسمع دعواه ولا بينته ، وأما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتى فيها فإنه باطل ، وله أن يخاصم كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه ، فإنه يبرأ ولو قال أبرأتك لا لأنه إنما أبرأه عن ضمانه كما فى الأشباه من أحكام الدين .

قلت : ففرقوا بين أبرأتك ، وبرئت أو أنا برىء لإضافة البراءة لنفسه فتعم ، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد ، فله مخاصمة غيره كما فى حاشيتها معزيا للولوالجية شرح الملتقى : وفي البحر : الإبراء إن كان على وجه الإنشاء ، فإن كان عن العين بطل من حيث الدعوى ، فله الدعوى بها على المخاطب وغيره ، ويصح من حيث نفى الضمان ، فإن كان عن دعواها فإن أضاف الابراء إلى المخاطب كأبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها أوعن دعواى فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط ، وإن أضافه إلى نفسه كقوله :. برئت عنها أو أنا برىء فلا تسمع مطلقا هذا لو على طريق الخصوص : أى عين مخصوصة فلو على العموم ، فله الدعوى على المخاطب وغيره كما

لكن ظاهر الرواية الصحة مطلقا شرنبلالية ، ومشى عليه فى الاختيار وعزاه فى العزمية للبزازية وفى الجلالية لشيخ الإسلام وجعل مافى المتن رواية ابن سماعة وقولهم الإبراء عن الأعيان باطل معناه : بطل الإبراء عن دعوى الأعيان ولم يصر ملكا للمدعى عليه ولذا لو ظفر بتلك الأعيان حل له أخذها لكن لاتسمع دعواه فى الحكم وأما الصلح على بعض الدين فيصح ويبرأ عن دعوى الباقى أى قضاء لا ديانة فلذا لو ظفر به أخذه قهستانى وتمامه فى أحكام الدين من الأشباه وقد حققته فى شرح الملتقى :

لو تبارأ الزوجان عن جميع الدعاوى ، وله أعيان قائمة له الدعوى بها ، لأنه ينصرف إلى الديون لا الأعيان ، وأما إذا كان على وجه الإخبار كقوله : هو برىء مما لى قبله فهو صحيح متناول للدين والعين ، فلا تسمع الدعوى وكذا لا ملك لى فى هذه العين ذكره فى المبسوط والمحيط . فعلم أن قوله : لا أستحق قبله حقا مطلقا ولا دعوى يمنع الدعوى بالعين والدين لما فى المبسوط لا حق لى قبله يشمل كل عين ودين فلو ادعى حقا لم يسمع ما لم يشهدوا أنه بعد البراءة اهـ ما فى البحر ملخصا وقوله بعد البراءة يفيد أن قوله لا حق لى إبراء عام لا إقرار (قوله مطلقا) أى سواء وجد أحد الأمرين أو لم يوجد فلا يسمع دعوى الباقى ح (قوله وقولهم) جواب سؤال وارد على كلام المتن لا على ظاهر الرواية إذ لاتعرض للابراء فيها وما تضمنه الصلح إسقاط للباقى لا إبراء فافهم (قوله عن دعوى الخ) كذا عبارة القهستانى ويجب إسقاط لفظ دعوى بقرينة الاستدراك الآتى. ونقل الحموى عن حواشى صدر الشريعة للحفيد معنى قولنا البراءة عن الأعيان لا تصح : أن العين لا تصير ملكا للمدعى عليه لا أن يبقى المدعى على دعواه الخ أبو السعود وهذا أوضح مما هنا قال السائحانى : والأحسن أن يقال ، الإبراء عن الأعيان باطل ديانة لا قضاء قال فى الهامش وعبارته فى شرح الملتقى معناه : أن العين لا تصير ملكا للمدعى عليه ، لا أنه يبقى على دعواه ، بل تسقط فى الحكم كالصلح عن بعض الدين ، فإنه إنما يبرأ عن باقيه فى الحكم لا فى الديانة فلو ظفر به أخذه ذكره القهستانى والبرجندى وغيرهما . وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح اهـ ما فى الهامش وهو مخالف لما نقلناه عن شرح الملتقى آنفا وفى الخلاصة : أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها أو عن دعواى فيها فهذا كله باطل حتى لو ادعى بعده تسمع ، ولو أقام بينة تقبل اهـ تأمل (قوله وأما الصلح) مقابل قوله أى عن يدعيها (قوله بعض الدين) قال المقدسى عن المحيط : له ألف فأنكره المطلوب فصالحه على ثلثمائة من الألف صح ، ويبرأ عن الباقى قضاء لا ديانة ، ولو قضاه الألف فأنكر الطالب فصالحه بمائة صح، ولا يحل له أخذها ديانة فيؤخذ من هنا . ومن أن الربا لايصح الإبراء عنه ما بقيت عينه عدم صحة براءة علماء قضاة زماننا مما يأخذونه ، ويطلبون الابراء فيبرءونهم بل ما أخذوه من الربا أعرق بجامع عدم الحل فى كل :

واعلم أن عدم براءته فى الصلح استثنى منه فى الخانية ما لو زاد وأبرأتك عن البقية سائحانى ، ويظهر من هذا أن ما تضمنه الصلح من الإسقاط ليس إبراء من كل وجه وإلا لم يحتج لقوله أبرأتك عن البقية (قوله أى قضاء) وحينئذ فلا فرق بين الدين والعين على ظاهر الرواية تأمل (قوله من الأشباه) قال فيها عن الخانية : الابراء عن العين المغصوبة إبراء عن ضمانها ، وتصير أمانة فى يد الغاصب ولو كانت العين مستهلكة صح الإبراء وبرىء من قيمتها اهـ :

فقولهم : الإبراء عن الأعيان باطل معناه : أنها لا تكون ملكا له بالإبراء ، وإلا فالإبراء عنها لسقوط ضمانها صحيح أو يحمل على الأمانة اهـ ملخصا : أى أن البطلان عن الأعيان محله إذا كانت الأعيان أمانة ، لأنها إذا كانت أمانة لا تلحقه عهدتها ، فلا وجه للإبراء عنها تأمل :

(وصح) الصلح (عن دعوى المال مطلقا) ولو بإقرار أو بمنفعة (و) عن دعوى (المنفعة) ولو بمنفعة من جنس آخر (و) عن دعوى (الرق وكان عتقا على مال) ويثبت الولاء لو بإقرار وإلا لا إلا ببينة درر. قلت : ولا يعود بالبينة رقيقا وكذا فى كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى ، لأنه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا فليحفظ (و) عن دعوى الزوج (النكاح) على غير مزوجة (وكان خلعا) ولا يطيب لو مبطلا ويحل لها التزوج لعدم الدخول ولو ادعته المرأة فصالحها لم يصح وقاية ونقاية ودرر وملتقى ، وصححه فى المجتبى والاختيار وصحح الصحة فى درر البحار (وإن قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه) لأنه ليس من تجارته فلم يلزم المولى لكن يسقط به القود ويؤاخذ بالبدل بعد عتقه

وحاصله : أن الإبراء المتعلق بالأعيان إما أن يكون عن دعواها وهو صحيح بلا خلاف مطلقا ، وإن تعلق بنفسها فإن كانت مغصوبة هالكة صح أيضا كالدين ، وإن كانت قائمة فمعنى البراءة عنها البراءة عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البراءة من عينها كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدى عليها ، وإن كانت العين أمانة فالبراءة لا تصح ديانة بمعنى أنه إذا ظفر بها ما لكها أخذها وتصح قضاء فلا يسمع القاضى دعواه بعد البراءة هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام ط وهو كلام حسن يرشدك إلى أن قول الشارح معناه محمول على الأمانة بقى لو ادعى عليه عينا فى يده فأنكر ، ثم أبرأه المدعى عنها فهو بمنزلة دعوى الغصب لأنه بالإنكار صار غاصبا وهل تسمع الدعوى بعده لو قائمة الظاهر نعم (قوله ولو بإقرار) أى صح الصلح عن دعوى المال ، ولو كان الصلح بإقرار المدعى عليه وسواء كان الصلح عنه بمال أو بمنفعة وقوله هنا عنه أى عن المال (قوله أو بمنفعة) أى ولو بمنفعة (قوله وعن دعوى المنفعة) صورة دعوى المنافع : أن يدعى على الورثة أن الميت أوصى بخدمة هذا العبد ، وأنكر الورثة لأن الرواية محفوظة على أنه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اه وفى الأشباه الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة كما فى المستصفى اه رملى وهو مخالف لما فى البحر تأمل (قوله عن جنس آخر) كالصلح عن السكنى على خدمة العبد ، بخلاف الصلح عن السكنى على سكنى ، فلا يجوز كما فى العينى والزيلعى : قال السيد الحموى : لكن فى الولوالجية ما يخالفه حيث قال : وإذا ادعى سكنى دار مصالحة عن سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز وإجارة السكنى بالسكنى لا تجوز قال : وإنما كان كذلك لأنهما ينعقدان تمليكا بتمليك اه أبو السعود ذكره ابن ملك شرح النقاية مخالفا لما ذكره فى شرحه على المجمع . قال فى اليعقوبية : والموافق للكتب ما فى شرح المجمع (قوله على مال) أى فى حق المدعى وفى حق الآخر دفعا للخصومة بحر (قوله لو بإقرار) أى من العبد (قوله لا يستحق المدعى) بالبناء للمفعول وسيأتى آخر الباب استثناء مسألة (قوله لأنه بأخذ البدل) بإضافة أخذ إلى البدل (قوله على غير مزوجة) لأنه لو كانت ذات زوج لم يصح الصلح وليس عليها العدة ولا تجديد النكاح مع زوجها كما فى العمادية قهستانى (قوله وكان خلعا) ظاهره أنه ينقص عدد الطلاق فيملك عليها طلقتين لو تزوجها بعد ، أما إذا كان عن إقرار فظاهر وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فمعاملة له بزعمه فتدبر ط (قوله لو مبطلا) هذا عام فى جميع أنواع الصلح كفاية (قوله لم يصح) وأطال صاحب غاية البيان فى ترجيحه حموى (قوله فى درر البحار) وأقره فى شرحه غرر الأفكار وعليه اقتصر فى البحر فكان فيه اختلاف التصحيح ، وعبارة المجمع أو ادعت منع نكاحه فصالحها جاز وقيل لم يجز (قوله عمدا) قيد به لأنه لو كان القتل خطأ فالظاهر الجواز(١) لأنه يسلك به مسلك الأموال ط (قوله فلم يلزم المولى) قال المقدسى فإن

---

(١) (قوله فالظاهر الجواز) قال شيخنا الظاهر عدم الجواز لأن ماذكره الشارح من التعليل فى جانب العبد يجرى هنا أيضا فيكون مثله اه .

(وإن قتل عبد له) أى للمأذون (رجلا عمدا وصالحه) المأذون (عنه جاز) لأنه من تجارته والمكاتب كالحر (والصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز) كصلحه بعرض. (فلا تقبل بينة الغاصب بعده) أى الصلح على (أن قيمته أقل مما صالح عليه) ولا رجوع للغاصب على المغصوب منه بشىء (لو تصادقا بعده أنها أقل) بحر :

(ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح) الموسر (الشريك على أكثر من نصف قيمته لا يجوز) لأنه مقدر شرعا فبطل الفضل اتفاقا (كالصلح فى) المسألة (الأولى) على أكثر من قيمة المغصوب (بعد القضاء بالقيمة) فإنه لا يجوز لأن تقدير القاضى كالشارع (وكذا لو صالح بعرض صح وإن كانت القيمة أكثر من قيمة مغصوب تلف) لعدم الربا (و) صح (فى) الجناية (العمد) مطلقا ولو فى نفس مع إقرار (بأكثر من الدية والأرش) أو بأقل لعدم الربا وفى الخطأ كذلك لاتصح الزيادة لأن الدية فى الخطأ مقدرة حتى لو صالح بغير مقاديرها صح

أجازه صح سائحانى (قوله عبد) فاعل قتل (قوله المغصوب) أى القيمى لأنه لو كان مثليا فهلك ، فالمصالح عليه إن كان من جنس المغصوب لا تجوز الزيادة اتفاقا ، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقا ، وقيد بالهلاك إذ لو كان قبله يجوز اتفاقا ابن ملك ، وسيذكره محترز قوله قبل القضاء وقيد بقوله على أكثر من قيمته ، لأنه محل الخلاف .

وفى جامع الفصولين : غصب كر بر أو ألف درهم فصالح على نصفه فلو كان المغصوب هالكا جاز الصلح ولو قائما لكن غيبه أو أخفاه وهو مقر أو منكر جاز قضاء لا ديانة ولو حاضرا يراه لكن غاصبه منكر جاز كذلك ، فلو وجد المالك بينة على بقية ماله قضى له به والصلح على بعض حقه فى كيلى أو وزنى حال قيامه باطل ولو أقر بغصبه وهو ظاهر ويقدر مالكه على قبضه فصالحه على نصفه على أن أبرأه مما بقى جاز قياسا لا استحسانا ولو صالحه فى ذلك على ثوب ودفعه جاز فى الوجوه كلها إذ يكون مشتريا للثوب بالمغصوب ، ولو كان المغصوب قنا أو عرضا فصالح غاصبه مالكه على نصفه ، وهو مغيبه عن مالكه وغاصبه مقر أو منكر لم يجز إذ صلحه على نصفه إقرار بقيامه ، بخلاف كيلى أو وزنى إذ يتصور هلاك بعضه دون بعضه عادة بخلاف ثوب وقن اهـ (قوله من قيمته) ولو بغبن فاحش قال فى غاية البيان بخلاف الغبن اليسير ، فإنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا أى عندهما (قوله بالقيمة جائز) لأن الزيادة لاتظهر عند اختلاف الجنس ، فلا يكون ربا وهذا جائز عند الإمام خلافا لهما ، لأن حق المالك فى الهالك لم ينقطع ، ولم يتحول إلى القيمة فكان صلحا عن المغصوب لاعن قيمته (قوله بعرض) أى سواء كانت قيمته كقيمة الهالك أو أقل أو أكثر . وإنما ذكرها الشارح هنا مع أنها ستأتى متنا إشارة إلى أن محلها هنا ح (قوله موسر) قيد به ، لأنه لو كان معسرا يسعى العبد فى نصفه كما فى مسكين (قوله وصح فى الجناية العمد) شمل ما إذا تعدد القاتل أو انفرد حتى لو كانوا جماعة فصالح أحدهم على أكثر من قدر الدية جاز وله قتل البقية والصلح معهم ، لأن حق القصاص ثابت على كل واحد منهم على سبيل الانفراد تأمل رملى (قوله لعدم الربا) لأن الواجب فيه القصاص وهو ليس بمال (قوله كذلك) أى ولو فى نفس مع إقرار ح (قوله الزيادة) أفاد صحة النقص (قوله حتى لو صالح) أفاد أن الكلام فيما إذا صالح على أحد مقادير الدية وصح مائة بعير(١) أو مائتا شاة أو مائتا حلة أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم كما فى العزمية

---

(١) (قوله على أحد مقادير الدية وصح مائة بعير) لعل الصواب وهى مائة بعير وكذا قوله أو مائتا شاة لعل صوابه ألف شاة كما هو معلوم تأمل اهـ .

كيفما كان بشرط المجلس لئلا يكون دينا بدين وتعيين القاضى أحدها يصير غيره كجنس آخر ولو صالح على خمر فسد فتلزم الدية فى الخطأ ويسقط القود لعدم ما يرجع إليه اختيار (وكل) زيد عمرا (بالصلح عن دم عمد أو على بعض دين يدعيه) على آخر من مكيل وموزون (لزم بدله الموكل لأنه إسقاط فكان الوكيل سفيرا إلا أن يضمنه الوكيل) فيؤاخذ بضمانه (كما لو وقع الصلح) من الوكيل (عن مال بمال عن إقرار) فيلزم الوكيل لأنه حينئذ كبيع (أما إذا كان عن إنكار لا) يلزم الوكيل مطلقا بحر ودرر (صالح عنه) فضولى (بلا أمر صح إن ضمن المال أو أضاف) الصلح (إلى ماله أو قال على هذا أو كذا وسلم) المال صح وصار متبرعا فى الكل إلا إذا ضمن بأمره عزمى زاده (وإلا) يسلم فى الصورة الرابعة

عن الكافى (قوله بشرط المجلس) أى بشرط القبض فى المجلس، وهذا مقيد بما إذا كان الصلح بمكيل أو موزون كما قيده فى العناية ح (قوله أحدها) كالإبل مثلا (قوله يصير) بضم الياء وفتح الصاد وكسر الياء المشددة فعل مضارع (قوله كجنس آخر) فلو قضى القاضى بمائة بعير فصالح القاتل عنها على أكثر من مائتى بقرة ؛ وهى عنده ودفعها جاز وتمامه فى الجوهرة (قوله ويسقط القود) أى فى العمد يعنى يصير الصلح الفاسد فيما يوجب القود عفوا عنه وكذا على خنزير أو حر كما فى الهندية سائحانى ؛ وهذا بخلاف ما إذا فسد بالجهالة .

قال فى المنح : ثم إذا فسدت التسمية فى الصلح كما لو صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لأن الولى لم يرض بسقوط حقه مجانا بخلاف ما إذا لم يسم شيئا أو سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شىء لما ذكرنا أى من أن القصاص إنما يتقوم بالتقوم ولم يوجد (قوله مايرجع إليه) إذ لا دية فيه بخلاف الخطأ فإنه إذا بطل الصلح يرجع إلى الدية المتقدمة قريبا (قوله أو على) نسخ المتن أو عن (قوله يدعيه على آخر) العبارة مقلوبة والصواب يدعيه عليه آخر يدل عليه قوله لزم بدله الموكل (قوله فيؤاخذ) أى ويرجع على الموكل به وكذا الصلح بالخلع وكذا يرجع فى الصورة التالية لهذه كما فى المقدسى سائحانى (قوله فيلزم الوكيل) أى ثم يرجع به على الموكل ز قوله لأنه حينئذ كبيع) والحقوق فيه ترجع إلى المباشر فكذا ماكان بمنزلته (قوله مطلقا) سواء كان عن مال بمال أولا ح (قوله صالح عنه فضولى الخ) هذا فيما إذا أضاف العقد إلى المصالح عنه لما فى آخر تصرفات الفضولى من جامع الفصولين ف الفضولى إذا أضاف العقد إلى نفسه يلزمه البدل ، وإن لم يضمنه ولم يضفه إلى مال نفسه ولا إلى ذمة نفسه وكذا الصلح عن الغير اهـ (قوله وسلم) أى فى الأخيرة (قوله صح) مكرر بما فى المتن .

وفى الدرر أما الأول فلأن الحاصل للمدعى عليه البراءة وفى حقها الأجنبى ، والمدعى عليه سواء ويجوز أن يكون الفضولى أصيلا إذا ضمن كالفضولى بالخلع إذا ضمن البدل وأما الثانى فلأنه إذا أضافه إلى نفسه ؛ فقد التزم تسليمه فصح الصلح وأما الثالث فلأنه إذا عينه للتسليم ، فقد اشترط له سلامة العوض ، فصار العقد تاما بقبوله وأما الرابع فلأن دلالة التسليم على رضا المدعى فوق دلالة الضمان والإضافة لنفسه على رضاه اهـ باختصار (قوله فى الكل) فلو استحق العوض فى الوجوه التى تقدمت أو وجده زيوفا أو ستوقة لم يرجع على المصالح ، لأنه متبرع التزم تسليم شىء معين ولم يلتزم الإيفاء عن غيره فلا يلزمه شىء آخر ولكن يرجع بالدعوى ، لأنه لم يرض بترك حقه مجانا إلا فى صورة الضمان فإنه يرجع على المصالح ، لأنه صار دينا فى ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه زيلعى (قوله بأمره) فيرجع على المصالح عنه إن كان الصلح بأمره بزازية فتقييد الضمان اتفاقى وفيها الأمر بالصلح والخلع أمر بالضمان لعدم توقف صحتهما على الأمر فيصرف الأمر إلى إثبات حق الرجوع بخلاف الأمر بقضاء الدين(١) اهـ (قوله عزمى) لم أجده فيه فليراجع (قوله وإلا يسلم) كان ينبغى أن يقول : وإلا يوجد شىء مما ذكر

---

(١) (قوله بخلاف الأمر بقضاء الدين) قال شيخنا : انظر ما الفرق مع أن الدين أيضا لا تتوقف صحة قضائه على الأمر ، فكان ينبغى أن يصرف الأمر به إلى إثبات حق الرجوع فليتأمل اهـ .

(فهو موقوف فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه) البدل (وإلا بطل والخلع فى جميع ما ذكرنا من الأحكام) الخمسة (كالصلح ادعى وقفية دار ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز وطاب له) البدل (لو صادقا فى دعواه وقيل) قائله صاحب الأجناس (لا) يطيب لأنه بيع معنى وبيع الوقف لايصح (كل صلح بعد صلح فالثانى باطل وكذا) النكاح بعد النكاح والحوالة بعد الحوالة و (الصلح بعد الشراء) والأصل أن كل عقد أعيد فالثانى باطل إلا فى ثلاث مذكورة فى بيوع الأشباه الكفالة والشراء والإجارة فلتراجع (أقام) المدعى عليه (بينة بعد الصلح عن إنكار أن المدعى قال قبله) قبل الصلح (ليس لى قبل فلان حق فالصلح ماض) على الصحة .

(ولو قال) المدعى (بعده ما كان لى قبله) قبل المدعى عليه (حق بطل) الصلح بحر قال المصنف وهو مقيد

من الصور الأربعة كما يعلم مما نقلناه عن الدرر (قوله وإلا فهو موقوف) هذه صورة خامسة مترددة بين الجواز والبطلان ووجه الحصر كما فى الدرر أن الفضولى إما أن يضمن المال أولا ، فإن لم يضمن فأما أن يضيف إلى ماله أولا فإن لم يضفه فإما أن يشير إلى نقد أو عرض أولا ، فإن لم يشر فإما أن يسلم العوض أولا فالصلح جائز فى الوجوه كلها إلا الأخير وهو ما إذا لم يضمن البدل ، ولم يضفه إلى ماله ولم يشر إليه ولم يسلم إلى المدعى حيث لايحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة إذ لم يسلم للمدعى عوض اه وجعل الصور الزيلعى أربعا والحق المشار بالمضاف (قوله الخمسة) التى خامستها قوله وإلا بطل أو التى خامستها قوله وإلا فهو موقوف بعد(١) قوله أو على هذا ويؤيده قول الشارح سابقا فى الصورة الرابعة (قوله فى دعواه) فيه أنه إذا كان صادقا فى دعواه كيف يطيب له وفى زعمه أنها وقف وبدل الوقف حرام تملكه من غير مسوغ فأخذه مجرد رشوة ليكف دعواه ، فكان كما إذا لم يكن صادقا وقد يقال إنه إنما أخذه ليكف دعواه لاليبطل وقفيته ، وعسى أن يوجد مدع آخر ط :

قلت : أطلق فى أول وقف الحامدية الجواب بأنه لايصح قال : لأن المصالح يأخذ بدل الصلح عوضا عن حقه على زعمه فيصير كالمعاوضة ، وهذا لايكون فى الوقف لأن الموقوف عليه لايملك الوقف ، فلا يجوز له بيعه فههنا إن كان الوقف ثابتا فالاستبدال به لايجوز وإلا فهذا يأخذ بدل الصلح لاعن حق ثابت فلا يصح ذلك على حال كذا فى جواهر الفتاوى اه ثم نقل الحامدى ماهنا ثم قال فتأمل اه وانظر ما كتبناه فى باب البيع الفاسد عن النهر عند قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر (قوله كل صلح بعد صلح) المراد الصلح الذى هو إسقاط أما لو اصطلحا على عوض ثم على عوض آخر فالثانى هو الجائز وانفسخ الأول كالبيع نور العين عن الخلاصة (قوله فالثانى باطل) قاله القاضى الإمام (قوله وكذا النكاح الخ) وتمامه فى جامع الفصولين فى الفصل العاشر كذا فى الهامش (قوله بعد النكاح) وفيه خلاف فقيل تجب التسمية الثانية وقيل كل منهما (قوله والحوالة الخ) بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصا ثم أحال عليه بها شخصا آخر شيخنا (قوله بعد الشراء) أى بعد ما اشترى المصالح عنه (قوله إلا فى ثلاث) قلت : زاد فى الفصولين الشراء بعد الصلح (قوله الكفالة) أى لزيادة التوثق أشباه (قوله والشراء) أطلقه فى جامع الفصولين وقيده فى القنية بأن يكون الثانى أكثر ثمنا من الأول أو أقل أو بجنس آخر ، وإلا فلا يصح أشباه (قوله والإجارة الخ) أى من المستأجر الأول فهى فسخ الأولى أشباه (قوله ليس لى قبل) بكسر ففتح (قوله ما كان لى قبله) بكسر ففتح أيضا (قوله قال المصنف) نصه وفى العمادية ادعى فأنكر فصالحه ثم ظهر بعده أن لاشئ عليه بطل الصلح اه .

---

(١) (قوله بعد الخ) بتشديد الدال لاظرفا أى بجعل الإشارة صورة مستقلة غير داخلة فى الإضافة وأما لو جعلت هى والإضافة صورة واحدة يحتاج فى إتمامها خمسة إلى جعل وإلا بطل صورة خامسة اه .

لإطلاق العمادية ثم نقل عن دعوى البزازية أنه لو ادعى الملك بجهة أخرى لم يبطل فيحرر (والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا) والفاسدة ما يمكن تصحيحها بحر وحرر فى الأشباه أن الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسدا لا فى دعوى بمجهول فجائز فليحفظ (وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا) فيصح الصلح مع بطلان الدعوى كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب وأقره ابن الكمال وغيره فى باب الاستحقاق كما مر فراجعه (وصح الصلح عن دعوى حق الشرب

أقول : يجب أن يقيد قوله ثم ظهر بغير الإقرار قبل الصلح لما تقدم من مسألة المختصر ، وبه صرح مولانا صاحب البحر ح ، ولا يخفى أن علة مضى الصلح على الصحة فى مسألة المتن المتقدمة عدم قبول الشهادة(١) لما فيه من التناقض ، فلا يظهر حينئذ أن لاشىء عليه فلم تشملها عبارة العمادية فافهم (قوله عن دعوى البزازية) ونصها وفى المنتقى ادعى ثوبا وصالح ، ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعى أنه لاحق له فيه إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح وإن بعد الصلح يبطل الصلح ، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال لاحق لى بجهة الميراث ثم قال : إنه ميراث لى عن أبى فأما غيره إذا ادعى ملكا لا بجهة الإرث بعد الإقرار بعدم الحق بطريق الإرث بأن قال حقى بالشراء أو بالهبة لا يبطل اهـ (قوله فيحرر) مانقله عن البزازية لايحتاج إلى تحرير ، لأنه تقييد مفيد ولعله أراد تحرير ماقاله المصنف من تقييد ما فى العمادية فإنه غير ظاهر كما علمت والله أعلم (قوله والفاسدة) مثال الدعوى التى لايمكن تصحيحها لو ادعى أمة فقالت : أنا حرة الأصل فصالحها عنه ، فهو جائز وإن أقامت بينة على أنها حرة الأصل بطل الصلح ، إذ لايمكن تصحيح هذه الدعوى بعد ظهور حرية الأصل : ومثال الدعوى التى يمكن تصحيحها : لو أقامت بينة أنها كانت أمة فلان أعتقها عام أول وهو يملكها بعد مادعى شخص أنها أمته لايبطل الصلح لأنه يمكن تصحيح دعوى المدعى وقت الصلح بأن يقول إن فلانا الذى أعتقك كان غصبك منى حتى لو أقام بينة على هذه الدعوى تسمع حموى مدنى وقوله هنا وهو يملكها جملة حالية (قوله وحرر الخ) هذا التحرير غير محرر ورده الرملى وغيره بما فى البزازية والذى استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى فاسدة لايمكن تصحيحها لا يصح والتى يمكن تصحيحها كما إذا ترك ذكر أحد الحدود يصح اهـ وهذا ماذكره المصنف ، وقد علمت أنه الذى اعتمده صدر الشريعة وغيره فكان عليه المعول (قوله وقيل الخ) الأخصر أن يقال وقيل يصح مطلقا (قوله آخر الباب) فيه نظر فإن عبارته هكذا ومن المسائل المهمة أنه هل يشترط لصحة الصلح صحة الدعوى أم لا فبعض الناس يقولون يشترط لكن هذا غير صحيح ، لأنه إذا ادعى حقا مجهولا فى دار فصولح على شىء يصح الصلح على مامر فى باب الحقوق والاستحقاق ، ولا شك أن دعوى الحق المجهول دعوى غير صحيحة وفى الذخيرة مسائل تؤيد ماقلنا : أى فالمتبادر أنه أراد الفاسدة بدليل التمثيل لأنه يمكن تصحيحها بتعين الحق المجهول وقت الصلح وفى حاشية الرملى على المنح بعد نقله عبارته :

أقول : هذا لايوجب كون الدعوى الباطلة كالفاسدة إذ لاوجه لصحة الصلح عنها كالصلح عن دعوى حد أو ربا وحلوان الكاهن ، وأجرة النائحة والمغنية الخ وكذا ذكر الرملى فى حاشيته على الفصولين نقلا عن المصنف بعد ذكره عبارة صدر الشريعة قال مانصه فقد أفاد أن القول باشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح ضعيف اهـ

---

(١) (قوله عدم قبول الشهادة الخ) وحيث لم تقبل الشهادة لايقال ظهر أن لاحق وحينئذ فلا تكون هذه الصورة من موضوع كلام العمادية لأن موضوعه فيما إذا ظهر أن لاحق فتكون عبارة العمادية هى عين الشق الثانى فى كلام المصنف فكيف يكون قيدا لها اهـ

وحق الشفعة وحق وضع الجذوع على الأصح) الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص فى أى حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز حتى فى دعوى التعزير مجتبى بخلاف دعوى حد ونسب درر (الصلح إن كان بمعنى المعاوضة) بأن كان دينار بعين (ينتقض بنقضهما) أى بفسخ المتصالحين (وإن كان لا بمعناها) أى المعاوضة بل استيفاء البعض وإسقاط البعض (فلا) تصح إقالته ولا نقضه لأن الساقط لايعود قنية وصيرفية فليحفظ .

(ولو صالح عن دعوى دار على سكنى بيت منها أبدا أو صالح على دراهم إلى الحصاد أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك لم يصح الصلح) فى الصور الثلاث سراجية قيد بعدم دعوى الهلاك لأنه لو ادعاه وصالحه قبل اليمين صح به يفتى خانية (ويصح) الصلح (بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع)

(قوله وحق الشفعة) أى دعوى حقها لدفع اليمين بخلاف الصلح عن حقها الثابت كما مر (قوله دينا بعين) وفى بعض النسخ بدين (قوله وصيرفية) الأولى الاقتصار على العزو إلى القنية ، لأنه فى الصيرفية نقل الخلاف فى الصحة وعدمها مطلقا وأما فى القنية فقد حكى القولين ثم وفق بينهما بما هنا فقال الصواب أن الصلح إن كان الخ (قوله على سكنى بيت) قيد بالسكنى لأنه لو صالحه على بيت منها كان وجه عدم الصحة كونه جزءا من المدعى بناء على خلاف ظاهر الرواية الذى مشى عليه فى المتن سابقا وقيد بقوله أبداً ومثله حتى يموت كما فى الخانية لأنه لو بين المدة يصح لأنه صالح على منفعة فهو فى حكم الإجارة فلابد من التوقيت كما مر وقد اشتبه الأمر على بعض المحشين (قوله إلى الحصاد) لأنه بيع معنى فتضر جهالة الأجل (قوله بغير دعوى) أى الدعوى من المودع (قوله ويصح الصلح) أى لو ادعى مالا فأنكر وحلف ثم ادعاه عند قاض آخر فأنكر فصولح صح ولا ارتباط لهذه بمسألة الوديعة قال المودع ضاعت الوديعة أورددتها وأنكر ربها الرد أو الهلاك صدق المودع بيمينه ، ولا شيء عليه فلو صالح ربها بعد ذلك على شيء فهو على أربعة وجوه . أحدها : أن يدعى ربها الايداع وجحده المودع ، ثم صالحه على شيء معلوم جاز اتفاقا . الثانى : أن يدعى الوديعة وطالبه بالرد فأقر المودع بالوديعة وسكت ولم يقل شيئا ورب المال يدعى عليه الاستهلاك ثم صالحه على شيء معلوم جاز أيضا وفاقا . الثالث : أن يدعى عليه الاستهلاك ، وهو يدعى الرد أو الهلاك ، ثم صالحه على معلوم جاز عند محمد وأبى يوسف آخرا ولم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف أولا وبه يفتى ، وأجمعوا على أنه لو صالح بعد ماحلف أنه رد الوديعة أو هلكت لايجوز الصلح إنما الخلاف فيما لو صالح قبل اليمين : الرابع : أن يدعى المودع الرد أو الهلاك ورب المال سكت ولم يقل شيئا فعند أبى يوسف لايجوز الصلح ، وعند محمد يجوز قال المودع بعد الصلح : كنت قلت قبل الصلح أنها هلكت أو رددتها فلم يصح الصلح على قول أبى حنيفة وقال رب المال ماقلت ، فالقول للمنكر ولا يبطل الصلح خانية ، هذا ما رأيته فى الخانية بنوع اختصار ورأيته فى غيرها معزوا إليها كذلك ، ونقلها فى المنح لكن سقط من عبارته شيء اختل به المعنى ، فإنه قال فى الوجه الثالث جاز الصلح فى قول محمد وأبى يوسف الأول ، وعليه الفتوى ، والذى رأيته فى الخانية أن الفتوى على عدم الجواز وبقى خامسة ذكرها المقدسى : وهى ادعى ربها الاستهلاك ، فسكت فصالحه جائز لكن هذا هو الثانى فى الخالية .

ثم اعلم أن كلام المتن والشارح غير محرر لأن قوله بغير دعوى الهلاك شامل للجحود والسكوت ودعوى الرد وهو الوجه الأول والثانى وأحد شقى الثالث والرابع ، وقد علمت أنه فى الأول ، والثانى جائز اتفاقا ولا يجوز فى أحد شقى الثالث والرابع على الراجح .

والصواب أن يقول بعد دعوى الرد أو الهلاك بإسقاط غير والتعبير ببعد وزيادة الرد فيدخل فيه الوجه الثالث بناء على المفتى به والوجه الرابع بناء على قول أبى يوسف ، وهو المعتمد لتقديم صاحب الخانية إياه كما هو عادته

بإقامة البينة ولو برهن المدعى بعده على أصل الدعوى لم تقبل إلا فى الوصى عن مال اليتيم على إنكار إذا صالح على بعضه ثم وجد البينة فإنها تقبل ولو بلغ الصبى، فأقامها تقبل ولو طلب يمينه لايحلف أشباه (وقيل لا) جزم بالأول فى الأشباه ، وبالثانى فى السراجية وحكاهما فى القنية مقدما للأول (طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقرارا) بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون والأول أصح بزازية (بخلاف طلب الصلح) عن المال (والإبراء عن المال) فإنه إقرار أشباه (صالح عن عيب) أو دين (وظهر عدمه) أو زال العيب (بطل الصلح) ويرد ما أخذه أشباه ودرر .

فصل فى دعوى الدين

(الصلح الواقع على بعض جنس ماله عليه) من دين أو غصب (أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة للربا) وحينئذ (فصح الصلح بلا اشتراط قبض بدله عن ألف حال على مائة حالة أو على ألف مؤجل وعن ألف جياد على مائة زيوف ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة) لعدم الجنس فكان صرفا فلم يجز نسيئة

وقوله لأنه لو ادعاه أى الهلاك شامل لما إذا ادعى المالك الاستهلاك ؛ وهو أحد شقى الوجه الثالث أو سكت وهو أحد شقى الرابع وعلمت ترجيح عدم الجواز فيهما فقوله : صح به يفتى فى غير محله وقوله : وصالحه قبل اليمين هذا وارد على إطلاق المتن أيضا ورأيت عبارة الأشباه نحو مااستصوبته ونصها الصلح عقد يرفع النزاع ، ولا يصح مع المودع بعد دعوى الهلاك إذ لانزاع ، ثم رأيت عبارة متن المجمع مثل ماقلته ونصها وأجاز صلح الأجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك أو الرد ولله الحمد (قوله بإقامة) متعلق بالنزاع (قوله بعده) أى الصلح (قوله فإنها تقبل) أفاد أنها لو موجودة عندالصلح وفيه غبن لايصح الصلح وبه صرح فى البزازية سائحانى (قوله ولو طلب) أى الصبى بعد بلوغه (قوله وقيل لا) وجه بأن اليمين بدل المدعى فإذا حلفه فقد استوفى البدل حموى عن القنية (قوله فى السراجية) وكذا جزم به فى البحر قال الحموى : وما مشى عليه فى الأشباه رواية محمد عن أبى حنيفة وما مشى عليه فى البحر قولهما وهو الصحيح كما فى معين المفتى اه (قوله للأول) صوابه للثانى على مانقله الحموى (قوله والإبراء) الواو هنا وفيما بعده بمعنى أو حموى (قوله عن عيب) أى عيب كان لاخصوص البياض قال وتمامه فى المنح .

فصل فى دعوى الدين

(قوله فى دعوى الدين) الأولى فى الصلح عن دعوى الدين قال فى المنح لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر فى هذا الباب حكم الخاص، وهو دعوى الدين لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم اه (قوله على بعض الخ) قيد بالبعض فأفاد أنه لايجوز على الأكثر ، وأنه يشترط معرفة قدره لكن قال فى غاية البيان عن شرح الكافى : ولو كان لرجل على رجل دراهم لايعرفان وزنها ، فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز ، لأن جهالة المصالح عنه لاتمنع من صحة الصلح ، وإن صالحه على دراهم فهو فاسد فى القياس ، لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه ولكنى أستحسن أن أجيزه ، لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه ، لأن مبنى الصلح على الحط والإغماض ، فكان تقديرهما بدل الصلح بشىء دلالة ظاهرة على أنهما عرفاه أقل مما عليه وإن كان قدر ماعليه بنفسه اه (قوله من دين) أى بالبيع أو الإجارة أو القرض قهستانى (قوله وحط لباقيه) فلو قال المدعى للمدعى عليه المنكر : صالحتك

(أو عن ألف مؤجل على نصفه حالا) إلا فى صلح المولى مكاتبه فيجوز زيلعى .(أو عن ألف سود على نصفه بيضا) والأصل أن الإحسان إن وجد من الدائن فإسقاط وإن منهما فمعاوضة (قال) لغريمة (أد إلى خمسمائة غدا من ألف لى عليك على أنك برىء من) النصف (الباقى فقبل) وأدى فيه (برىء وإن لم يؤد ذلك فى الغد عاد دينه) كما كان لفوات التقييد بالشرط ووجوهها خمسة أحدها هذا (و) الثانى (إن لم يؤقت) بالغد (لم يعد) لأنه إبراء مطلق (و) الثالث (كذا لو صالحه من دينه على نصفه يدفعه إليه غدا وهو برىء مما فضل على أنه إن لم يدفعه غدا فالكل عليه كان الأمر) كالوجه الأول (كما قال) لأنه صرح بالتقييد والرابع (فإن أبرأه عن نصفه على أن يعطيه ما بقى غدا فهو برىء أدى الباقى) فى (الغد أولا) لبداءته بالإبراء لا بالأداء (و) الخامس (لو علق بصريح الشرط كإن أديت إلى) كذا (أو إذا أو متى لايصح) الإبراء لما تقرر أن تعليقه بالشرط صريحا باطل لأنه تمليك من وجه (وإن قال) المديون (لآخرسرا لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط) عنى (ففعل) الدائن التأخير أو الحط (صح) لأنه ليس بمكره عليه :

(ولو أعلن ما قاله سرا أخذ منه الكل للحال) ولو ادعى ألفا وجحد فقال أقرر لى بها على أن أحط منها مائة جاز ، بخلاف على أن أعطيك مائة لأنها رشوة ، ولو قال إن أقررت لى حططت لك منها مائة فأقر صح الإقرار لا الحط مجتبى (الدين المشترك) بسبب متحد كثمن مبيع بيع

على مائة من ألف عليك كان أخذ المائة إبراء عن تسعمائة وهذا قضاء لاديانة إلا إذا زاد أبرأتك قهستانى وقدمنا مثله معزوا للخانية (قوله حالا) لأنه اعتياض عن الأجل وهو حرام (قوله فيجوز) لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض المال ومساهلة من المكاتب فيما بقى قبل حلول الأجل ليتوصل إلى شرف الحرية (قوله فمعاوضة) أى ويجرى فيه حكمها فإن تحقق الربا أو شبهته فسدت ، وإلا صحت ط قال ط : بأن صالح على شيء هو أدون من حقه قدرا أو وصفا أو وقتا وإن منهما : أى من الدائن والمدين بأن دخل فى الصلح مالا يستحقه الدائن من وصف كالبيض بدل السود أو ماهو فى معنى الوصف كتعجيل المؤجل أو عن جنس بخلاف جنسه اه (قوله لم يعد) أى الدين مطلقا أدى أو لم يؤد (قوله مابقى غدا) لو قال : أبرأتك عن الخمسة على أن تدفع الخمسة حالة إن كانت العشرة حالة صح الإبراء لأن أداء الخمسة يجب عليه حالا فلا يكون هذا تعليق الإبراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الإبراء إذا لم يعطه الخمسة جامع الفصولين كذا فى الهامش (قوله بصريح الشرط) قال القهستانى وفيه إشعار بأنه لو قدم الجزاء صح فى الظهيرية لو قال : حططت عنك النصف إن نقدت إلى نصفها فإنه حط عندهم وإن لم ينقده سائحانى (قوله كان أديت) الخطاب للغريم ومثله الكفيل كما صرح به الإسبيجابى فى شرح الكافى قاضيخان فى شرح الجامع قال فى غاية البيان وفيه نوع إشكال لأن إبراء الكفيل إسقاط محض ولهذا لايرتد برده فينبغى أن يصح تعليقه بالشرط إلا أنه كإبراء الأصيل من حيث إنه لايحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف لاغير المتعارف ، ولذا قلنا إذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفسه أيضا على أنه إن وافى بنفسه غدا فهو برىء عن الكفالة بالمال فوافى بنفسه برىء عن المال لأنه تعليق بشرط متعارف فصح اه (قوله بمكره عليه) لأنه لو شاء لم يفعل إلا أن يجد البينة أو يحلف الآخر فينكل عن اليمين إتقانى (قوله أخذ منه) يفيد أن قول المدعى عليه لاأقر لك بمالك الخ إقرار ، ولذا قال فى غاية البيان قالوا فى شروح الجامع الصغير : وهذا إنما يكون فى السر أما إذا قال ذلك علانية يؤخذ بإقراره اه (قوله الدين المشترك) قيد بالدين لأنه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح ، وليس لشريكه أن يشاركه فيه ، لكونه معاوضة من كل وجه ، لأن المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين زيلعى فليحفظ ، فإنه كثير الوقوع . وفى الخانية : رجلان ادعيا أرضا أو دارا فى يد رجل

صفقة واحدة أو دين موروث أو قيمة مستهلك مشترك (إذا قبض أحدهما شيئا منه شاركه الآخر فيه) إن شاء أو اتبع الغريم كما يأتى وحيلئذ (فلو صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب) أى خلاف جنس الدين (أخذ الشريك الآخر لصفه إلا أن يضمن) له (ربع) أصل (الدين) فلا حق له فى الثوب (ولو لم يصالح بل اشترى بنصفه شيئا ضمنه) شريكه (الربع) لقبضه النصف بالمقاصة (أو اتبع غريمه) فى جميع ما مر لبقاء حقه فى ذمته .

(وإذا أبرأ أحد الشريكين الغريم عن نصيبه لايرجع) لأنه إتلاف لا قبض (وكذا) الحكم (إن) كان للمديون على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى (وقعت المقاصة بدينه السابق) لأنه قاض لا قابض (ولو أبرأ) الشريك المديون (عن البعض قسم الباقى على سهامه) ومثلة المقاصة ولو أجل نصيبه صح عند الثانى والغصب والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج والصلح عن جناية عمد وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم

وقالا : هى لنا ورثناها من أبينا فجحد الذى هى فى يده فصالحه أحدهما عن حصته على مائة درهم فأراد الابن الآخر أن يشاركه فى المائة لم يكن له أن يشاركه لأن الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء عن اليمين فى زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك ، وعن أبى يوسف فى رواية لشريكه أن يشاركه فى المائة اه (قوله صفقة واحدة) بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما زيلعى . واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم ، وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكا واحدا بألف وقبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه لأنه لاشركة لهما فى الدين لأن كل دين وجب بسبب على حدة عزمية وتمامه فى المنح (قوله موروث) أو كان موصى به لهما أو بدل فرضهما أبو السعود عن شيخه (قوله أو اتبع الغريم) فلو اختار اتباعه ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ماقبض ولو من غيره بحر وراجع الزيلعى (قوله أى خلاف الخ) لأنه لو صالح على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لأنه بمنزلة قبض بعض الدين زيلعى (قوله نصفه) أى لصف الدين من غريمه أو أخذ لصف الثوب منح (قوله إلا أن يضمن) أى الشريك المصالح (قوله ربع أصل الدين) أفاد أن المصالح مخير إذا اختار شريكه اتباعه فإن شاء دفع له حصته من المصالح عليه ، وإن شاء ضمن له ربع الدين ولا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو غيره (قوله مامر) أى فى مسألة القبض أو الصلح والشراء (قوله قبل وجوب الخ) أما لو كان حادثا حتى التقيا قصاصا فهو كالقبض بحر (قوله عليه) أى على المديون (قوله المديون) بالنصب مفعول أبرأ (قوله قسم الباقى الخ) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأه أحد الشريكين عن نصف لصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة كذا فى الهامش (قوله على سهامه) أى الباقية لا لأصلها سائحانى (قوله ومثله المقاصة) بأن كان للمديون على الشريك خمسة مثلا قبل هذا الدين فإن القسمة على مابقى بعد المقاصصة (قوله والغصب) أى إذا غصب أحدهما من المديون شيئا ثم أتلفه شاركه الآخر لأنه يملكه من وقت الغصب عند أداء الضمان ، وكذا لو استأجر أحدهما منه داراً بحصته سنة وسكنها وكذا خدمة العبد وزراعة الأرض ، وكذا لو استأجره بأجر مطلق وروى ابن سماعة عن محمد لو استأجر بحصته لم يشاركه الآخر وجعله كالنكاح وتمامه فى شرح الهداية (قوله لا التزوج) أى تزوج المديونة على نصيبه فإنه إتلاف فى ظاهر الرواية بخلاف ماإذا تزوجها على دراهم لأنها صارت قصاصا وهو كالاستيفاء إتقانى (قوله جناية عمد) أى اوجنى أحدهما عليه جناية عمد فيا دون النفس أرشها مثل دين الجانى ، فصالحه على نصيبه وكذا لو فيها قصاص اتقانى

قدر دينه ثم يبرئه أو يبيعه به كفا من تمر مثلا ثم يبرئه ملتقط وغيره ومرت فى الشركة (صالح أحد ربى السلم عن نصيبه على ما دفع من رأس المال فإن أجازه الشريك) الآخر (نفذ عليهما وإن رده رد) لأن فيه قسمة الدين قبل قبضه وأنه باطل نعم لو كانا شريكى مفاوضة جاز مطلقا بحر(١) .

فصل فى التخارج

(أخرجت الورثة أحدهم عن) التركة وهى (عرض أو) هى (عقار بمال) أعطاه له (أو) أخرجوه (عن) تركة هى (ذهب بفضة) دفعوها له (أو) على العكس أو عن نقدين بهما (صح) فى الكل صرفا للجنس بخلاف جنسه (قل) ما أعطوه (أو كثر) لكن بشرط التقابض فيما هو صرف (وفى) إخراجه عن (نقدين) وغيرها بأحد النقدين لا يصح (إلا أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس) تحرزا عن الربا ولا بد من حضور النقدين عند الصلح وعلمه بقدر نصيبه شرنبلالية وجلالية ولو بعرض جاز مطلقا لعدم الربا وكذا لو أنكروا إرثه لأنه حينئذ ليس ببدل بل لقطع المنازعة (وبطل الصلح إن أخرج أحد الورثة وفى التركة

(قوله يبرئه) أى الشريك الغريم (قوله عن نصيبه) أى من المسلم فيه (قوله من رأس المال) بأن أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة إتقانى فالصلح مجاز عن الفسخ عزمية (قوله عليهما) والمقبوض بينهما وكذا ما بقى من المسلم فيه درر البحار (قوله رد) وبقى السلم كما كان .

فصل فى التخارج

(قوله أخرجت الخ) أوصى لرجل بثلث ماله ومات الموصى فصالح الوارث الموصى له من الثلث بالسدس جاز الصلح . وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن حق الموصى له وحق الوارث قبل القسمة غير متأكد يحتمل السقوط بالإسقاط اهـ .

فقد علم أن حق الغانم قبل القسمة وحق حبس الرهن وحق المسيل المجرد وحق الموصى له بالسكنى وحق الموصى له بالثلث قبل القسمة وحق الوارث قبل القسمة يسقط بالإسقاط وتمامه فى الأشباه فيما يقبل الإسقاط ومالا كذا فى الهامش (قوله صرفا للجنس) علة للأخير (قوله لكن بشرط) قال فى البحر : ولا يشترط فى صلح أحد الورثة المتقدم أن تكون أعيان التركة معلومة ، لكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض فى المجلس غير أن الذى فى يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض ، لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، وإن كان مقرا غير مانع يشترط تجديد القبض اهـ (قوله أكثر من حصته) فإن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس ، فالصحيح أن الشك إن كان فى وجود ذلك فى التركة جاز الصلح ، وإن علم وجود ذلك فى التركة لكن لا يدرى أن بدل الصلح من حصتها أقل أو أكثر أو مثله فسد بحر عن الخانية (قوله وكذا لو أنكروا إرثه) أى فإنه يجوز مطلقا قال فى الشرنبلالية : وقال الحاكم الشهيد إنما يبطل على أقل من نصيبه فى مال الربا حالة التصادق ، وأما فى حالة التناكر بأن أنكروا وراثته ، فيجوز ، وجه ذلك : أن فى حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا فى حق الآخذ ، ولا فى حق الدافع هكذا ذكر المرغينانى ، ولا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا ولو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا ، وإن قل ولم يقبض فى المجلس اهـ

---

(١) (قول الشارح جاز مطلقا بحر) الذى فى البحر جاز ولو فى الجميع أى بجميع المسلم فيه يعنى أن الجواز لا يخص نصيبه بل إذا فسخ فى الجميع جاز قال وأما إذا كانت عنانا توقف أيضا إن لم يكن من تجارتهما اهـ ط .

ديون بشرط أن تكون الديون لبقيتهم) لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل ثم ذكر لصحته حيلا فقال (وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه) أى من حصته لأنه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء (أو قضوا نصيب المصالح منه) أى الدين (تبرعا) منهم (وأحالهم بحصته أو أقرضوه قدر حصته منه وصالحوه عن غيرهم) بما يصلح بدلا (وأحالهم بالقرض على الغرماء) وقبلوا الحوالة وهذه أحسن الحيل ابن كمال والأوجه أن يبيعوه كفا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء ابن ملك (وفى صحة صلح عن تركة مجهولة) أعيانها ولا دين فيها (على مكيل أو موزون) متعلق بصلح (اختلاف) والصحيح الصحة زيلعى لعدم اعتبار شبهة الشبهة وقال ابن الكمال إن فى التركة جنس بدل الصلح لم يجز وإلا جاز وإن لم يدر فعلى الاختلاف (ولو) التركة (مجهولة وهى غير مكيل أو موزون فى يد البقية) من الورثة (صح فى الأصح) لأنها لا تفضى إلى المنازعة لقيامها فى يدهم حتى لو كانت فى يد المصالح أو بعضها لم يجز ما لم يعلم جميع ما فى يده للحاجة إلى التسليم ابن ملك (وبطل الصلح والقسمة مع إحاطة الدين بالتركة) إلا أن يضمن الوارث الدين بلارجوع أو يضمن أجنبى بشرط براءة الميت أو يوفى من مال آخر (ولا) ينبغى أن (يصالح) ولا يقسم (قبل القضاء) بالدين (فى غير دين محيط ولو فعل) الصلح والقسمة (صح) لأن التركة لا تخلو عن قليل دين فلو وقف الكل تضرر الورثة فيوقف قدر الدين استحسانا وقاية لئلا يحتاجوا إلى نقض القسمة بحر .

(قوله ديون) أى على الناس بقرينة مايأتى وكذا لو كان الدين على الميت قال فى البزازية وذكر شمس الإسلام أن التخارج لايصح إذا كان على الميت دين أى يطلبه رب الدين ، لأن حكم الشرع أن يكون الدين على جميع الورثة اه (قوله بشرط) متعلق باخرج (قوله لأن تمليك الدين) وهو هنا حصة المصالح (قوله من عليه الدين) وهم الورثة هنا (قوله باطل) ثم يتعدى البطلان إلى الكل ، لأن الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند أبى حنيفة . وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين إذا بين حصته ابن ملك (قوله إبراء الغرماء) أى إبراء المصالح الغرماء (قوله وأحالهم) لامحل لهذه الجملة هنا وهى موجودة فى شرح الوقاية لابن ملك وفى بعض النسخ وأحالهم (قوله عن غيره) أى عما سوى الدين (قوله أحسن الحيل) لأن فى الأولى ضررا للورثة ، حيث لايمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ، وكذا فى الثانية لأن النقد خير من النسيئة إتقانى (قوله والأوجه) لأن فى الأخيرة لايخلو عن ضرر التقديم فى وصول مال ابن ملك (قوله شبهة الشبهة) لأنه يحتمل أن لايكون فى التركة من جنسه ويحتمل أن يكون ، وإذا كان فيها يحتمل أن يكون الذى وقع عليه الصلح أكثر ، وإن احتمل أن يكون مثله أو دونه وهو احتمال الاحتمال ، فنزل إلى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة (قوله يدر) بالبناء للمفعول (قوله أو موزون) أى ولا دين فيها ووقع الصلح على مكيل وموزون إتقانى (قوله فى الأصح) وقيل لايجوز لأنه بيع المجهول لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون إتقانى :

[خاتمة] التهايؤ أى تناوب الشريكين فى دابتين غلة أو ركوبا مختص جوازه بالصلح عند أبى حنيفة لا الجبر ، وجائز فى دابة غلة أو ركوبا بالصلح فاسد فى غلتى عبدين عنده لو جبرا درر البحار وفى شرحه غرر الأفكار .

ثم اعلم أن التهايؤ جبرا فى غلة عبد أو دابة لا يجوز اتفاقا للتفاوت وفى خدمه عبد أو عبدين جاز اتفاقا لعدم التفاوت ظاهرا ولقلته ، وفى غلة دار أو دارين أو سكنى دار أودارين جاز اتفاقا لإمكان المعادلة لأن التغير لايميل إلى العقار ظاهرا وأن التهايؤ صلحا جائز فى جميع الصور كما جوز أبو حنيفة أيضا قسمة الرقيق صلحا اه (قوله أو يوفى) بالبناء للمفعول بضم ففتح فتشديد (قوله لئلا الخ) قال العلامة المقدسي فلو هلك المعزول لابد من نقض

(ولو أخرجوا واحدا) من الورثة (فحصته تقسم بين الباقى على السواء إن كان ما أعطوه من ما لهم غير الميراث وإن كان) المعطى (مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم) يقسم بينهم وقيده الخصاف بكونه عن إنكار فلو عن إقرار فعلى السواء وصلح أحدهم عن بعض الأعيان صحيح ولو لم يذكر فى صك التخارج أن فى التركة دينا أم لا فالصك صحيح وكذا لو لم يذكره فى الفتوى فيفتى بالصحة ويحمل على وجود شرائطها مجمع الفتاوى (والموصى له) بمبلغ من التركة (كوارث فيما قدمناه) من مسألة التخارج :

(صالحوا) أى الورثة (أحدهم) وخرج من بينهم (ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلا فى الصلح) المذكور (قولان أشهرهما لا)

القسمة ط (قوله على السواء) أفاد أن أحد الورثة إذا صالح البعض دون الباقى يصح وتكون حصته له فقط كذا لو صالح الموصى له كما فى الأنقروى سائحانى :

[مسألة] فى رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة أبناء عم عصبة وخلف تركة اقتسموها بينهم ، ثم ادعت الورثة على الزوجة بأن الدار التى فى يدها ملك مورثهم المتوفى ، فأنكرت دعواهم ، فدفعت لهم قدرا من الدراهم صلحا عن إنكار فهل يوزع بدل الصلح عليهم على قدر مواريثهم ، أو على قدر رءوسهم الجواب قال فى البحر وحكمه فى جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى ، سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا وفى المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه اه ومثله فى المنح وفى مجموع النوازل : سئل عن الصلح على الإنكار بعد دعوى فاسدة هل يصح قال : لأن تصحيح الصلح عن الإنكار من جانب المدعى أن يجعل ما أخذ عين حقه أو عوضا عنه لا بد أن يكون ثابتا فى حقه ليمكن تصحيح الصلح من الذخيرة فمقتضى قوله وقوع الملك فيه للمدعى ، وقوله : أن يجعل عين حقه أو عوضا عنه أن يكون على قدر مواريثهم مجموعة منلا على (قوله من ما لهم) أى وقد استووا فيه ولا يظهر عند التفاوت ط (قوله فعلى قدر ميراثهم) وسيأتى آخر كتاب الفرائض بيان قسمة التركة بينهم حينئذ :

[تتمة] ادعى مالا أو غيره فاشترى رجل ذلك من المدعى يجوز الشراء ويقوم مقام المدعى فى الدعوى فإن استحق شيئا من ذلك كان له وإلا فلا فإن جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع على المدعى بحر وتأمل فى وجهه ففى البزازية من أول كتاب الهبة وبيع الدين لا يجوز ولو باعه من المديون أو وهبه جاز (قوله صالحوا الخ) أقول قال فى البزازية فى الفصل السادس من الصلح ولو ظهر فى التركة عين بعد التخارج لا رواية فى أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا ولقائل أن يقول يدخل ولقائل أن يقول لا اه ثم قال بعد نحو ورقتين: قال تاج الإسلام وبخط صدر الإسلام وجدته : صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما ، ثم ظهر فى التركة شىء لم يكن وقت الصلح لا رواية فى جواز الدعوى ، ولقائل أن يقول بجواز دعوى حصته منه وهو الأصح ولقائل أن يقول : لا وفى المحيط لو أبرأ أحد الورثة الباقى ، ثم ادعى التركة وأنكر وإلا تسمع دعواه وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه كلام البزازية ثم قال بعد أسطر : صالحت أى الزوجة عن الثمن ثم ظهر دين أو عين لم يكن معلوما للورثة ، قيل لا يكون داخلا فى الصلح ويقسم بين الورثة لأنهم إذا لم يعلموا كان صلحهم عن المعلوم الظاهر عندهم لا عن المجهول ، فيكون كالمستثنى من الصلح فلا يبطل الصلح ، وقيل يكون داخلا فى الصلح لأنه وقع عن التركة والتركة اسم للكل ، إذا ظهر دين فسد الصلح ويجعل كأنه كان ظاهرا عند الصلح اه :

والحاصل : من مجموع كلامه المذكور أنه لو ظهر بعد الصلح فى التركة عين هل تدخل فى الصلح ، فلا تسمع

بل بين الكل والقولان حكاهما فى الخانية مقدما لعدم الدخول وقد ذكر فى أول فتاواه أنه يقدم ما هو الأشهر فكان هو المعتمد كذا فى البحر :

قلت : وفى البزازية أنه الأصح ولا يبطل الصلح وفى الوهبانية :

وفى مال طفل بالشهود فلم يجز وما يدعى خصم ولا يتنور
وصح على الإبراء من كل غائب ولو زال عيب عنه صالح يهدر
ومن قال إن تحلف فتبرأ فلم يجز ولو مدع كالأجنبى يصور

كتاب المضاربة

(هى) لغة مفاعلة من الضرب فى الأرض وهو السير فيها وشرعا (عقد شركة فى الربح بمال من جانب رب المال (وعمل من جانب) المضارب :

الدعوى بها أو لا تدخل فتسمع الدعوى ؟ قولان : وكذا لو صدر بعد الصلح إبراء عام ، ثم ظهر للمصالح عين هل تسمع دعواه فيه قولان أيضا والأصح السماع بناء على القول بعدم دخولها تحت الصلح ، فيكون هذا تصحيحا للقول بعدم الدخول وهذا إذا اعترف بقية الورثة بأن العين من التركة ، وإلا فلا تسمع دعواه بعد الإبراء كما أفاده ما نقله عن المحيط وإنما قيد بالعين ، لأنه لو ظهر بعد الصلح فى التركة دين فعلى القول بعدم دخوله فى الصلح يصح الصلح ويقسم الدين بين الكل ، وأما على القول بالدخول فالصلح فاسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح ، إلا أن يكون مخرجا من الصلح بأن وقع التصريح بالصلح عن غير الدين من أعيان التركة ، وهذا أيضا ذكره فى البزازية حيث قال : ثم ماظهر بعد التخارج على قول من قال إنه لا يدخل تحت الصلح لا خفاء ، ومن قال يدخل تحته فكذلك إن كان عينا لايوجب فساده وإن دينا إن مخرجا من الصلح لايفسد وإلا يفسد اه (قوله بل بين الكل) أى بل يكون الذى ظهر بين الكل (قوله قلت الخ) قلت : وفى الثامن والعشرين من الفصولين أنه الأشبه أى لو ظهر عين لا دين (قوله ولا يبطل الصلح) أى لو ظهر فى التركة عين أما لو ظهر فيها دين فقد قال فى البزازية : إن كان مخرجا من الصلح لا يفسد وإلا يفسد اه . أى إن كان الصلح وقع على غير الدين لايفسد وإن وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح (قوله وفى مال طفل) أى إذا كان لطفل مال بشهود لم يجز الصلح فيه وما يدعى أى ولا يجوز فيما يدعى خصم من المـــال على الطفل ، ولا يتنور بينة له بما ادعاه ومفهومه أنه يجوز الصلح حيث لابينة للطفل وحيث كانت للخصم بينة ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله وصح على الإبراء الخ) فلو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا فى عين عبد فانجلى بطل الصلح ، ويرد ما أخذ لأن المعوض عنه هو صفة السلامة وقد عادت ، فيعود العوض فيبطل الصلح ابن الشحنة شرح الوهبانية كذا فى الهامش (قوله ومن قال الخ) أى إن اصطلحا على أن يحلف المدعى عليه ، وإن حلف برىء فحلف المدعى عليه ما له قبله قليل ولا كثير : فالصلح باطل ويكون المدعى على دعواه إن أقام البينة قبلت وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلفه عند القاضى كان له ذلك وإن اصطلحا على أن يحلف المدعى على دعواه على أنه إن حلف ، فالمدعى عليه يكون ضامنا لمـا يدعيه فهذا الصلح باطل ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله ولو مدع) لو وصلية كذا فى الهامش ه

كتاب المضاربة

(قوله من جانب المضارب) قيد به لأنه لو اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب فسدت كما سيصرح به المصنف فى باب المضارب يضارب ، وكذا تفسد لو أخذ المال من المضارب بلا أمره وباع واشترى به إلا إذا

(وركنها الإيجاب والقبول وحكمها) أنواع لأنها (إيداع ابتداء) ومن حيل الضمان أن يقرضه المال إلا درهما ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على أن يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط فإن هلك فالقرض عليه (وتوكيل مع العمل) لتصرفه بأمره (وشركة إن ربح وغصب (١) إن خالف وإن أجاز) رب المال (بعده) لصيرورته غاصبا بالمخالفة (وإجارة فاسدة إن فسدت فلا ربح) للمضارب (حينئذ بل له أجر) مثل (عمله مطلقا) ربح أولا (بلا زيادة على المشروط) خلافا لمحمد والثلاثة

صار المال عروضا فلا تفسد لو أخذه من المضارب كما سيأتي في فصل المتفرقات (قوله إيداع ابتداء) قال الخير الرملي : سيأتي أن المضارب يملك الإيداع في المطلقة مع ما تقرر أن المودع لا يودع ، فالمراد في حكم عدم الضمان بالهلاك وفي أحكام مخصوصة لا في كل حكم فتأمل (قوله ومن حيل الخ) ولو أراد رب المال أن يضمن المضارب بالهلاك يقرض المال منه ، ثم يأخذه منه مضاربة ثم يبضع المضارب كما في الواقعات قهستاني . وذكر هذه الحيلة الزيلعي أيضا وذكر قبلها ما ذكره الشارح ، وفيه نظر لأنها تكون شركة عنان شرط فيها العمل على الأكثر مالا وهو لا يجوز بخلاف العكس ، فإنه يجوز كما ذكره في الظهيرية في كتاب الشركة عن الأصل للإمام محمد تأمل ، وكذا في شركة البزازية حيث قال : وإن لأحدهما ألف ولآخر ألفان واشتركا واشترطا العمل على صاحب الألف والربح أنصافا جاز وكذا لو شرطا الربح والوضيعة على قدر المال والعمل من أحدهما بعينه جاز ولو شرطا العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا لأن ذا الألف شرط لنفسه بعض ربح مال الآخر بغير عمل ولا مال والربح إنما يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان اهـ ملخصا لكن في مسألة الشارح شرط العمل على كل منهما لا على صاحب الأكثر فقط .

والحاصل : أن المفهوم من كلامهم أن الأصل في الربح أن يكون على قدر المال إلا إذا كان لأحدهما عمل فيصح أن يكون ربحا بمقابلة عمله ، وكذا لو كان العمل منهما يصح التفاوت أيضا تأمل (قوله وتوكيل مع العمل) فيرجع بما لحقه من العهدة على رب المال درر (قوله بالمخالفة) فالربح للمضارب لكنه غير طيب عند الطرفين در منتقى (قوله مطلقا) هو ظاهر الرواية قهستاني (قوله ربح أولا) وعن أبي يوسف إذا لم يربح لا أجر له وهو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة سائحاني ومثله في حاشية ط عن العيني (قوله على المشروط) قال في الملتقى : ولا يزاد على ما شرط له كذا في الهامش أي فيما إذا ربح وإلا فلا تتحقق الزيادة فلم يكن الفساد بسبب تسمية دراهم معينة للعامل تأمل (قوله خلافا لمحمد) فيه إشعار بأن الخلاف فيما إذا ربح وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغا ما بلغ لأنه لا يمكن تقدير بنصف الربح المعدوم كما في الفصولين لكن في الواقعات ما قاله أبو يوسف مخصوص بما إذا ربح وما قاله محمد إن له أجر المثل بالغا ما بلغ فيما هو أعم قهستاني (قوله والثلاثة) فعنده له أجر مثل عمله بالغا ما بلغ إذا ربح در منتقى كذا في الهامش .

[سئل] فيما إذا دفع زيد لعمرو بضاعة على سبيل المضاربة وقال لعمرو : بعها ومهما ربحت يكون بيننا مثالثة فباعها وخسر فيها فالمضاربة غير صحيحة ولعمرو ، أجر مثله بلا زيادة على المشروط حامدية .

---

(١) (قول المصنف وغصب الخ) استشكل قاضي زاده عند الغصب والإجارة من أحكامها لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب وكلا الأمرين نائض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن يجعلا من أحكامها وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت بمنافيه لا يثبت به قطعا فإن قلت : قد صلحا أن يكون حكما للفاسدة . قلنا : الأركان والشروط المذكورة هنا للصحيحة فكذا الأحكام على أن الغصب لا يصلح حكما للفاسدة لأن حكمها أن يكون للعامل أجر عمله ولا أجر للغاصب اهـ ط مختصرا .

(إلا فى وصى أخذ مال يتيم مضاربة فاسدة) كشرطه لنفسه عشرة دراهم (فلاشىء له) فى مال اليتيم (إذا عمل) أشباه فهو استثناء من أجرعمله (و) الفاسدة (لا ضمان فيها) أيضا (كصحيحة) لأنه أمين (ودفع المال إلى آخر مع شرط الربح) كله (للمالك بضاعة) فيكون وكيلا متبرعا (ومع شرطه للعامل قرض(١)) لقلة ضرره.

(وشرطها) أمور سبعة (كون رأس المال من الأثمان) كما مر فى الشركة وهو معلوم للعاقدين (وكفت فيه الإشارة) والقول فى قدره وصفته للمضارب بيمينه والبينة للمالك؛

وأما المضاربة بدين فإن على المضارب لم يجز وإن على ثالث جاز

رجل دفع لآخر أمتعة وقال: بعها واشترها وما ربحت فبيننا نصفين فخسر فلا خسران على العامل، وإذا طالبه صاحب الأمتعة بذلك فتصالحا على أن يعطيه العامل إياه لا يلزمه ولو كفله إنسان ببدل الصلح لا يصح، ولو عمل هذا العامل فى هذا المال، فهو بينهما على الشرط لأن ابتداء هذا ليس بمضاربة بل هو توكيل ببيع الأمتعة ثم إذا صار الثمن من النقود، فهو دفع مضاربة بعد ذلك فلم يضمن أولا لأنه أمين بحق الوكالة ثم صار مضاربا فاستحق المشروط جواهر الفتاوى (قوله وصى الخ) ظاهره أن للوصى أن يضارب فى مال اليتيم بجزء من الربح وكلام الزيلعى فيه أظهر، وأفاد الزيلعى أيضا أن للوصى دفع المال إلى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كأبيه أبو السعود (قوله إذا عمل) لأن حاصل هذا أن الوصى يؤجر نفسه لليتيم وأنه لا يجوز (قوله لقلة ضرره) أى ضرر القرض بالنسبة إلى الهبة فجعل قرضا ولم يجعل هبة ذكره الزيلعى (قوله من الأثمان) أى الدراهم والدنانير فلو من العروض فباعها فصارت نقودا انقلبت مضاربة واستحق المشروط كما فى الجواهر (قوله وهو معلوم للعاقدين) ولو متاعا لما فى التتارخانية، وإذا دفع ألف درهم إلى رجل وقال: نصفها معك مضاربة بالنصف صح وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز، ولا يوجد لهذا رواية إلا ههنا وإذا جاز هذا العقد كان لكل نصف حكم نفسه، وإن قال على أن نصفها قرض، وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لى جاز ويكره، لأنه قرض جر منفعة وإن قال: على أن نصفها قرض عليك ونصفها مضاربة بالنصف، فهو جائز ولم يذكر الكراهية هنا فمن المشايخ من قال سكوت محمد عنها هنا دليل على أنها تنزيهية وفى الخالية قال: على أن تعمل بالنصف الآخر على أن الربح لى جاز ولا يكره فإن ربح كان بينهما على السواء والوضيعة عليهما لأن النصف ملكه بالقرض، والآخر بضاعة فى يده وفى التجريد يكره ذلك وفى المحيط ولو قال على أن نصفها مضاربة بالنصف، ونصفها هبة لك وقبضها غير مقسومة فالهبة فاسدة والمضاربة جائزة، فإن هلك المال قبل العمل أو بعده ضمن النصف حصة الهبة فقط وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اه ملخصا وتمامه فيه فليحفظ فإنه مهم وهذه الأخيرة ستأتى قبيل كتاب الإيداع قريبا (قوله وكفت فيه) أى فى الإعلام منح (قوله لم يجز) وما اشتراه له والدين فى ذمته بحر (قوله وإن على ثالث) بأن قال اقبض مالى على فلان، ثم اعمل به مضاربة ولو عمل قبل أن يقبض الكل ضمن، ولو قال: فاعمل به لا يضمن وكذا بالواو لأن ثم للترتيب، فلا يكون مأذونا بالعمل إلا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو،

---

(١) (قول المصنف للعامل قرض) قال فى التبيين: وإنما صار المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكا له لأن الربح فرع المال كالثمر والشجر والولد والحيوان فإذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى وقضيته أن لا يرد رأس المال لأن التمليك لا يقتضى الرد كالهبة لكن لفظ المضاربة يقتضى رد رأس المال فجعلناه قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولأن القرض أدنى التبرعين لأنه يقطع الحق من العين دون البدل والهبة تقطعه عنهما فكان أولى لكونه أقل ضررا اه ط.

وكره ولو قال: اشتر لى عبدا لسيئة ثم بعه وضارب ثمنه ففعل جاز كقوله لغاصب أو مستودع أو مستبضع اعمل بما فى يدك مضاربة بالنصف جاز مجتبى (وكون رأس المال عينا لا دينا) كما بسطه فى الدرر (وكونه مسلما إلى المضارب) ليمكنه التصرف (بخلاف الشركة) لأن العمل فيها من الجانبين (وكون الربح بينهما شائعا) فلو عين قدرا فسدت (وكون نصيب كل منهما معلوما) عند العقد ؛

ومن شروطها : كون نصيب المضارب من الربح حتى لو شرط له من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت وفى الجلالية كل شرط يوجب جهالة فى الربح أو يقطع الشركة فيه يفسدها وإلا بطل الشرط وصح العقد اعتبارا بالوكالة (ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب) الأصل أن القول لمدعى الصحة فى العقود إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لأنه ينكر زيادة يدعيها المضارب خانية وما فى الأشباه فيه اشتباه فافهم ؛

(ويملك المضارب فى المطلقة) التى لم تقيد بمكان أو زمان أو نوع (البيع) ولو فاسدا

ولو قال اقبض دينى لتعمل به مضاربة لا يصير مأذونا ما لم يقبض الكل بحر قال فى الهامش : قال فى الدرر : فلو قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز ، بخلاف ما لو كان له دين على ثالث فقال اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة حتى لا يبقى لرب المال فيه يد اه (قوله وكره) لأنه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد منح (قوله اشتر لى عبدا) هذا يفهم أنه لو دفع عرضا وقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة أنه يجوز بالأولى وقد أوضحه الشارح ، وهذه حيلة لجواز المضاربة فى العروض ، وحيلة أخرى ذكرها الخصاف أن يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة ، ثم يشترى هذا المضارب هذا المتاع من الرجل الذى ابتاعه من صاحبه ط (قوله عينا) أى معينا وليس المراد بالعين العرض ط (قوله لا دينا) مكرر مع ما تقدم (قوله مسلما) فلو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب لا تجوز المضاربة ، سواء كان المالك عاقدا أولا كالأب والوصى إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لا تصح المضاربة ، وفى السغناقى : وشرط عمل الصغير لا يجوز ، وكذا أحد المتفاوضين وشريكى العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسد العقد تاترخانية وسيأتى فى الباب الآتى متنا بعض هذا (قوله كل شرط الخ) قال الأكمل شرط العمل على رب المال يفسدها ، وليس بواحد مما ذكر والجواب أن الكلام فى شروط فاسدة بعد كون العقد مضاربة ، وما أورد لم يكن العقد فيه عقد مضاربة فإن قلت : فما معنى قوله يفسدها إذ النفى(١) يقتضى الثبوت قلت : سلب الشىء عن المعدوم صحيح كزيد المعدوم ليس ببصير ، وسيأتى فى المتن أنه مفسد قال الشارح لأنه يمنع التخلية فيمنع الصحة فالأولى الجواب بالمنع فيقال لا نسلم أنه غير مفسد سائحانى (قوله فى الربح) كما إذا شرط له نصف الربح أو ثلثه بأو الترديدية س (قوله فيه) كما لو شرط لأحدهما دراهم مسماة س (قوله بطل الشرط) كشرط الخسران على المضارب س (قوله وما فى الأشباه) من قوله القول قول مدعى الصحة إلا إذا قال رب المال شرطت لك الثلث وزيادة عشرة وقال المضارب الثلث فالقول للمضارب كما فى الذخيرة اه (قوله فيه اشتباه) أى اشتبه عليه مسألة بأخرى وهى المذكورة هنا لأن التى ذكرها داخلة تحت الأصل المذكور لأن من له القول فيها مدع للصحة فلا يصح استثناؤها بخلاف التى هنا (قوله أو نوع) أى أو شخص كما سيذكره (قوله ولو فاسدا) يعنى

---

(١) (قوله النفى الخ) المراد نفى الصحة الذى هو معنى لفظ فسد ، وليس المراد به حرف النفى كما قد يتوهم فيستصوب بقاء لاف المحشى فإن عبارة الأكمل ليس فيها حرف نفى أصلا قبل يفسد وحينئذ فلا معنى لقول المحشى وسيأتى الخ وكذا قوله فالأولى الجواب بالمنع اه

(بنقد ونسيئة متعارفة والشراء والتوكيل بهما والسفر برا وبحرا) ولو دفع له المال فى بلد على الظاهر (والإبضاع) أى دفع المال بضاعة (ولو لرب المال ولا تفسد به) المضاربة كما يجىء (و) يملك (الإيداع والرهن والارتهان والاجارة والاستئجار فلو استأجر أرضا بيضاء ليزرعها أو يغرسها جاز) ظهيرية (والاحتيال) أى قبول الحوالة (بالثمن مطلقا) على الأيسر والأعسر لأن كل ذلك من صنيع التجار (لا) يملك (المضاربة) والشركة والخلط بمال نفسه (إلا بإذن

لا يكون به مخالفا فلا يكون المال خارجا عن كونه فى يده أمانة ، وإن كانت مباشرته العقد الفاسد غير جائزة وخرج الباطل كما فى الأشباه (قوله بنقد ونسيئة) ولو اختلفا فيهما فالقول للمضارب فى المضاربة ، وللموكل فى الوكالة كما مر متنا فى الوكالة (قوله والشراء) الإطلاق مشعر بجواز تجارته مع كل أحد لكن فى النظم أنه لا يتجر مع امرأته وولده الكبير العاقل ووالديه عنده خلافا لهما ولا يشترى من عبده المأذون وقيل من مكاتبه بالإتفاق قهستانى .

[فروع مهمة] له أن يرهن ويرتهن لها ولو أخذ نخلا أو شجرا معاملة على أن ينفق فى تلقيحها وتأبيرها من المال لم يجز عليها وإن قال له : اعمل برأيك فإن رهن شيئا من المضاربة ضمنه(١) ولو أخر الثمن جاز على رب المال ولا يضمن بخلاف الوكيل الخاص ، ولو حط بعض الثمن إن العيب طعن فيه المشترى وما حط حصته أو أكثر يسيرا جاز وإن كان لا يتغابن الناس فى الزيادة يصح ، ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال ما بقى على المشترى ويحرم عليه وطء الجارية ولو بإذن رب المال ولو زوجها بتزويج رب المال جاز إن لم يكن فى المال ربح وخرجت الجارية عن المضاربة ، وإن كان فيه ربح لا يجوز وليس له أن يعمل بما فيه ضرر ولا ما لا يعمله التجار وليس لأحد المضاربين أن يبيع أو يشترى بغير إذن صاحبه ، ولو اشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله يكون مخالفا وإن قيل له اعمل برأيك ولو باع بهذه الصفة جاز خلافا لهما كالوكيل بالبيع المطلق ، وإذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمى ، ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الأثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لأنهما جنس هنا الكل من البحر (قوله ولا تفسد) لأن حق التصرف للمضارب (قوله والاستئجار) أى استئجار العمال للأعمال والمنازل لحفظ الأموال والسفن والدواب (قوله والخلط بمال نفسه) أى أو غيره كما فى البحر إلا أن تكون معاملة التجار فى تلك البلاد أن المضاربين يخلطون ، ولا ينهونهم فإن غلب التعارف بينهم فى مثله وجب أن لا يضمن كما فى التاترخانية :

وفيها قبله والأصل أن التصرفات فى المضاربة ثلاثة أقسام : قسم هو من باب المضاربة ، وتوابعها فيملكه من غير أن يقول له اعمل ما بدالك كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة ، وقسم : لا يملك بمطلق العقد بل إذا قيل اعمل برأيك كدفع المال إلى غيره مضاربة أو شركة أو خلط ماله بماله أو بمال غيره ، وقسم : لا يملك بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه وهو ما ليس بمضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها كالاستدانة عليها اهـ ملخصا (قوله بمال نفسه) وكذا بمال غيره كما فى البحر : وهذا إذا لم يغلب التعارف بين التجار فى مثله كما فى التاترخانية وفيها من الثامن عشر دفع إلى رجل ألفا بالنصف ثم ألفا أخرى كذلك فخلط المضارب المالين فهو على ثلاثة أوجه : إما أن يقول المالك فى كل من المضاربتين : اعمل

---

(١) (قوله ضمنه) أى إذا رهنه فيما عليه خاصة وليس المراد أنه يضمنه إذا رهنه فيما على المضاربة لئلا ينافى صدر العبارة ولأنه من صنيع التجار اهـ شيخنا فهو مؤيد لقولهم للمضارب أن يرهن اهـ .

أو اعمل برأيك) إذ الشىء لا يتضمن مثله (و) لا (الإقراض والاستدانة وإن قيل له ذلك) أى اعمل برأيك لأنهما ليسا من صنيع التجار فلم يدخلا فى التعميم (ما لم ينص) المالك (عليهما) فيملكهما وإن استدان كانت شركة وجوه وحينئذ (فلو اشترى بمال المضاربة ثوبا وقصر بالماء أو حمل) متاع المضاربة (بماله و) قد (قيل له ذلك فهو متطوع) لأنه لا يملك الاستدانة بهذه المقالة وإنما قال بالماء لأنه لو قصر بالنشا فحكمه كصبغ (وإن صبغه أحمر فشريك بما زاد) الصبغ ودخل فى اعمل برأيك كالخلط (و) كان (له حصة) قيمة (صبغه إن بيع وحصة الثوب) أبيض (فى مالها) ولو لم يقل اعمل برأيك لم يكن شريكا بل غاصبا وإنما قال أحمر لما مر أن السواد نقص عند الإمام فلا يدخل فى اعمل برأيك بحر (ولا) يملك أيضا (تجاوز بلد أو سلعة أو وقت أو شخص عينه

برأيك أو لم يقل فيهما أو قال فى إحداهما فقط وعلى كل فإما أن يكون قبل الربح فى المالين أو بعده فيهما ، أو فى أحدهما ففى الوجه الأول : لا يضمن مطلقا : وفى الثانى : إن خلط قبل الربح فيهما فلا ضمان أيضا ، وإن بعده فيهما ضمن المالين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط وإن بعد الربح فى أحدهما فقط ضمن الذى لا ربح فيه ؛ وفى الثالث : إما أن يكون قوله اعمل برأيك فى الأولى أو يكون فى الثانية وكل على أربعة أوجه إما أن يخلطهما قبل الربح فيهما ، أو بعده فى الأولى فقط أو بعده فى الثانية فقط أو بعده فيهما قبل الربح فيهما أو بعده فى الثانية فإن قال فى الأولى : لا يضمن الأول ولا الثانى فيما لو خلط قبل الربح فيهما اهـ (قوله إذ الشىء) علة لكونه لا يملك المضاربة ويلزم منها نفى الأخيرين لأن الشركة والخلط أعلى من المضاربة لأنهما شركة فى أصل المال (قوله لا يتضمن مثله) لا يرد على هذا المستعير والمكاتب فإن له الإعارة والكتابة لأن الكلام فى التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة إذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه كما فى الكفاية (قوله ولا الإقراض) ولا أن يأخذ سفتجة بحر : أى لأنه استدانة وكذلك لا يعطى سفتجة لأنه قرض ط عن الشلبى (قوله والاستدانة) كما إذا اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شىء من جنس ذلك الثمن ، فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة فى شىء كما فى شرح الطحاوى قهستانى : والظاهر أن ما عنده إذا لم يوف فما زاد عليه استدانة وقدمنا عن البحر إذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ، ولا يضمن بهذا الخلط الحكمى .

وفى البدائع كما لا تجوز الاستدانة على مال المضاربة لا تجوز على إصلاحه ، فلو اشترى بجميع ما لها ثيابا ثم استأجر على حملها أو قصرها أو فتلها كان متطوعا عاقدا لنفسه ط عن الشلبى وهذا ما ذكره المصنف بقوله فلو شرى بمال المضاربة ثوبا الخ فأشار بالتفريع إلى الحكمى (قوله وإن استدان) أى بالإذن وما اشترى بينهما نصفان وكذا الدين عليهما ولا يتغير موجب المضاربة فربح ما لها على ما شرط قهستانى وقال السائحانى : أقول : شركة الوجوه هى أن يتفقا على الشراء لسيئة والمشترى عليهما أثلاثا أو أنصافا قال والربح يتبع هذا الشرط ولو جعلاه مخالفا ولم يوجد ما ذكر فيظهر لى أن يكون المشترى بالدين للآمر لو المشترى معينا أو مجهولا جهالة نوع وسمى ثمنه أو جهالة جنس وقد قيل له اشتر ما تختاره وإلا فللمشترى كما تقدم فى الوكالة لكن ظاهر المتون أنه لرب المال وربحه على حسب الشرط ويغتفر فى الضمنى ما لا يغتفر فى الصريح اهـ (قوله بماله) متعلق بكل من قصر وحمل (قوله ذلك) أى اعمل برأيك (قوله بهذه المقالة) وهى اعمل برأيك :

قلت : والمراد بالاستدانة نحو ما قدمناه عن القهستانى فهذا يملكه إذا نص أما لو استدان نقودا ، فالظاهر

المالك) لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد ولو بعد العقد ما لم يصر المال عرضا لأنه حينئذ لا يملك عزله فلا يملك تخصيصه كما سيجيء قيدنا بالمفيد لأن غير المفيد لا يعتبر أصلا كنهيه عن بيع الحال وأما المفيد فى الجملة كسوق من مصر فإن صرح بالنهى صح وإلا لا (فإن فعل ضمن) بالمخالفة (وكان ذلك الشراء له) ولو لم يتصرف فيه حتى عاد للوفاق عادت المضاربة وكذا لو عاد فى البعض فى البعض اعتبارا للجزء بالكل (ولا) يملك (تزويج قن من مالها ولا شراء من يعتق على رب المال بقرابة أو يمين بخلاف الوكيل بالشراء) فإنه يملك ذلك (عند عدم القرينة المقيدة للوكالة كاشتر لى عبدا أبيعه أو أستخدمه أو جارية أطؤها (ولا من يعتق عليه) أى المضارب (إن كان فى المال ربح) هو هنا أن تكون قيمة هذا العبد أكثر من كل رأس المال كما بسطه العينى فليحفظ (فإن فعل) شراء من يعتق على واحد منهما (وقع الشراء لنفسه) وإن لم يكن ربح كما ذكرنا (صح) للمضاربة (فإن ظهر الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء عتق حظه ولم يضمن نصيب المالك) لعتقه لا بصنعه (وسعى) العبد (المعتق فى قيمة نصيب رب المال ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الأب أو الوصى من يعتق على الصغير نفذ على العاقد) إذ لا نظر فيه للصغير (والمأذون إذا اشترى من يعتق على المولى صح وعتق عليه إن لم يكن

أنه لا يصح لأنه توكيل بالاستقراض ، وهو باطل كما مر فى الوكالة وفى الخانية من فصل شركة العنان ، ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه ، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض ، وهو باطل لأنه توكيل بالتكدى إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك كذا فحينئذ يكون على الموكل لا الوكيل اه أى لأنه رسالة لا وكالة والظاهر أن المضاربة كذلك كما قلنا (قوله ولو بعد العقد) بأن كان رأس المال بحاله .

[فرع] قال فى الهامش لو نهى رب المال المضارب بعد أن صار المال عرضا عن المبيع بالنسيئة قبل أن تباع ويصير المال ناضا لا يصح نهيه ، وأما قبل العمل أو بعد العمل وصار المال ناضا يصح نهيه ، لأنه يملك عزله فى هذه الحالة دون الحالة الأولى منح اه (قوله عن بيع الحال) يعنى ثم باعه بالحال بسعر ما يباع بالمؤجل كما فى العينى سائحانى (قوله بالنهى) مثل لا تبع فى سوق كذا (قوله الشراء له) وله ربحه وعليه خسرانه ولكن يتصدق بالربح عندهما وعند أبى يوسف يطيب له أصله المودع إذا تصرف فيها وربح إتقانى (قوله ولولم يتصرف) أشار إلى أن أصل الضمان واجب بنفس المخالفة ، لكنه غير قار إلا بالشراء فإنه على عرضية الزوال بالوفاق. وفى رواية الجامع أنه لا يضمن إلا إذا اشترى والأول هو الصحيح كما فى الهداية قهستانى :

قلت : والظاهر أن ثمرته فيما لو هلك بعد الإخراج قبل الشراء يضمن على الأول لا على الثانى (قوله حتى عاد الخ) يظهر فى مخالفته فى المكان تأمل (قوله وكذا لو الخ) قال الانقانى فإن اشترى ببعضه فى غير الكوفة ثم بما بقى فى الكوفة ، فهو مخالف فى الأول وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة ، لأن دليل الخلاف وجد فى بعضه دون بعضه (قوله عاد فى البعض) أى تعود المضاربة لكن فى ذلك البعض خاصة قال الإتقانى ما تقدم (قوله أو يمين) بأن قال إن ملكته فهو حر فإنه يملك ذلك والفرق أن الوكالة بالشراء مطلقة وفى المضاربة مقيدة بما يظهر الربح فيه بالبيع فإذا اشترى ما لا يقدر على بيعه خالف (قوله كما بسطه العينى) عبارته إذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ، ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شىء لأن كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه إلى آخر عينى كذا فى الهامش (قوله ربح) أى فى الصورة الثانية (قوله للصغير) علة قاصرة والعلة فى الشريك هى

مستغرقا بالدين وإلا لا) خلافا لما لزيلعي (مضارب معه ألف بالنصف اشترى به أمة فولدت) ولدا (مساويا له) أى للألف (فادعاه موسرا فصارت قيمته) أى الولد(وحده) كما ذكرنا (ألفا ونصفه) أى خمسمائة نفذت دعوته لوجود الملك بظهور الربح المذكور فعتق (سعى لرب المال فى الألف وربعه) إن شاء المالك (أو أعتقه) إن شاء (ولرب المال بعد قبضه ألفه) من الولد (تضمين المدعى) ولومعسرا لأنه ضمان تملك (نصف قيمتها) أى الأمة لظهور نفوذ دعوته فيها ويحمل على أنه تزوجها ثم اشتراها حبلى منه ولو صارت قيمتها ألفا ونصفه صارت أم ولد وضمن للمالك ألفا وربعه لو موسرا فلو معسراً فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى وتمامه فى البحر والله أعلم :

باب المضارب يضارب

لما قدم المفردة شرع فى المركبة فقال ـ (ضارب المضارب) آخر (بلا إذن) المالك (لم يضمن بالدفع ما لم يعمل الثانى ربح) الثانى (أولا) على الظاهر لأن الدفع إيداع وهو يملكه فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن إلا إذا كانت الثانية فاسدة فلاضمان وإن ربح بل للثانى أجر مثله على المضارب الأول وللأول الربح المشروط (فإن

المذكورة فى المضارب من قصد الاسترباح ط (قوله بالنصف) متعلق بمضارب كذا فى الهامش (قوله أمة) فوطئها ملتقى كذا فى الهامش (قوله موسرا) لأنه ضمان عتق وليس بقيد لازم بل ليفهم أنه لا يضمن لو معسرا بالأولى كما نبه عليه مسكين (قوله كما ذكرنا) أى فى قوله مساويا له فالكاف بمعنى مثل خبر صار وألفا بدل منه أو ألفا هو الخبر والجار والمجرور قبله حال منه (قوله سعى) الأولى وسعى عطفا على نفذت (قوله المدعى) وهو المضارب (قوله تملك) بخلاف ضمان الولد لأنه ضمان عتق وهو يعتمد التعدى ولم يوجد (قوله لظهور) أى لوقوع دعوته صحيحة ظاهرا (قوله حبلى منه) تنازع فيه كل من تزوجها واشتراها أى حملا لأمره على الصلاح ، لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك ، وهو شرط فيها إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال ، فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لايظهر الربح عنده ، لأن بعضها ليس بأولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب فى الأمة ولا فى الولد ، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته ، فإذا زادت قيمته وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح وملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة لوجود شرطها وهو الملك فصار ابنه وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن حصة رب المال من الولد ، لأن العتق ثبت بالملك والنسب، فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا ، فيضاف العتق إليه ولا صنع له فى الملك ، فلا ضمان لعدم التعدى فإذا اختار الاستسعاء استسعاه فى ألف رأس ماله وفى ربعه نصيبه من الربح فإذا قبض الألف صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له لأن الاستيلاد إذا صادف محلا يحتمل النقل لايتجزأ إجماعا ويجب نصف قيمتها لرب المال فإن قيل : لم لم يجعل المقبوض من الولد من الربح قلنا : لأنه من جنس رأس ماله وهو مقدم على الربح فكان أولى بجعله منه زيلعى ملخصا (قوله وضمن للمالك) لأنها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها فيجب عليه لرب المال رأس ماله ونصيبه من الربح فإذا وصل إليه ألف استوفى رأس ماله وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه ومالم يصل إليه الألف فالولد رقيق على حاله على نحو ماذكرنا فى الأم :

باب المضارب يضارب

(قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية عن الإمام وهو قولهما منح (قوله فاسدة) قال فى البحر : وإن كانت

ضاع) المال (من يده) أى يد الثانى (قبل العمل) الموجب للضمان (فلا ضمان) على أحد (وكذا) لا ضمان (لو غصب المال من الثانى و) إنما (الضمان على الغاصب فقط ولو استهلكه الثانى أو وهبه فالضمان عليه خاصة فإن عمل) حتى ضمنه (خير رب المال إن شاء ضمن) المضارب (الأول رأس ماله وإن شاء ضمن الثانى) وإن اختار أخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك بحر (فإن أذن) المالك (بالدفع ودفع بالثاث وقد قيل) للأول (ما رزق الله فبيننا نصفان فللمالك النصف) عملا بشرطه (وللأول السدس الباقى وللثانى الثاث) المشروط (ولو قيل ما رزقك الله بكاف الخطاب) والمسألة بحالها (فللثانى ثلثه والباقى بين الأول والمالك نصفان) باعتبار الخطاب فيكون لكل ثلث (ومثله ماربحت من شىء أو ما كان لك فيه من ربح) ونحو ذلك وكذا لو شرط للثانى أكثر من الثلث أو أقل فالباقى بين المالك والأول (ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثانى النصف واستويا فيما بقى) لأنه لم يربح سواه (ولو قيل ما رزق الله فلى نصفه أو ما كان من فضل الله فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثانى كذا ولا شىء للأول) لجعله ماله للثانى (ولو شرط) الأول (للثانى ثلثيه والمسألة بحالها (ضمن الأول للثانى سدسا) بالتسمية لأنه التزم سلامة الثلثين (وإن شرط) المضارب (للمالك ثلثه و) شرط (لعبد المالك ثلثه) وقوله (على أن يعمل معه) عادى وليس بقيد (و) شرط (لنفسه ثلثه صح)

إحداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما وللعامل أجر المثل على المضارب الأول ويرجع به الأول على رب المال والوضيعة على رب المال والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أن أخذ الثانى أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة وإلا فللأول أجر مثله اه (قوله خاصة) والأشهر الخيار فيضمن أيهما شاء كما فى الاختيار سائحانى (قوله خير رب المال) فإن ضمن الأول صحت المضاربة بينه وبين الثانى وكان الربح على ماشرطا وإن ضمن الثانى رجع بما ضمن على الأول وصحت بينهما وكان الربح بينهما وطاب للثانى ماربح دون الأول بحر وفيه : ولو دفع الثانى مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع فإن قال الأول للثانى : اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أى الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثانى والثانى على الأول والأول لايرجع على أحد إذا ضمنه رب المال وإلا لاضمان على الأول وضمن الثانى والثالث كذا فى المحيط (قوله ضمن الثانى)فيه إشعار بأنه إذا ضمن يرجع على الأول ويطيب الربح له دون الأول ، لأنه ملك مستند قهستانى سائحانى (قوله ليس له الخ) لأن المال بالعمل صار غصبا ، وليس للمالك إلا تضمين البدل عند ذهاب العين المغصوبة ، وليس له أن يأخذ الربح من الغاصب كذا ظهر لى ط (قوله فإن أذن) مفهوم قوله بلا إذن (قوله عملا بشرطه) لأنه شرط نصف جميع الربح له (قوله الباقى) الأولى إسقاطه حلبى والباقى هو الفاضل عما اشترطه للثانى ،لأن ما أوجبه الأول ينصرف إلى نصيبه خاصة إذ ليس له أن يوجب شيئا لغيره من نصيب المالك وحيث أوجب للثانى الثلث من نصيبه وهو النصف يبقى له السدس قال فى البحر وطاب الربح للجميع لأن عمل الثانى عمل عن المضارب كالأجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر (قوله لعبد المالك) قيد بعبد رب المال لأن عبد المضارب لوشرط له شىء من الربح، ولم يشترط عمله لايجوز ويكون ماشرط له لرب المال إذا كان على العبد دين ، وإلا يصح سواء شرط عمله أولا ويكون للمضارب بحر وقيد بكون العاقد المولى لأنه لو عقد المأذون فسيأتى وشمل قوله لعبد مالو شرط للمكاتب بعض الربح ، فإنه يصح وكذا لو كان مكاتب المضارب ، لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه وإن لم يشترط عمله لايجوز ، وعلى هذا غيره من الأجانب فتصح المضاربة ، وتكون لرب المال ويبطل الشرط بحر .وسيأتى الكلام فيه والمرأة والولد كالأجانب هنا كذا فى النهاية بحر وقيد باشتراط عمل العبد احترازا

وصار كأنه اشترط للمولى ثلثى الربح كذا فى عامة الكتب وفى نسخ المتن والشرح هنا خلط فاجتنبه (ولو عقدها المأذون مع أجنبى وشرط المأذون عمل مولاه لم يصح إن لم يكن) المأذون (عليه دين) لأنه كاشتراط العمل على المالك (والاصح) لأنه حينئذ لايملك كسبه (واشترط عمل رب المال مع المضارب مفسد) للعقد لأنه يمنع التخلية فيمنع الصحة (وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه قوله أو عمل رب المال مع) المضارب (الثانى) بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه كما لو ضارب مولاه (ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو فى الرقاب) أو لامرأة المضارب أو مكاتبه صح العقد و (لم يصح) الشرط (ويكون) المشروط (لرب المال ولوشرط البعض لمن شاء المضارب فإن شاء لنفسه أو لرب المال صح) الشرط (وإلا) بأن شاءه لأجنبى (لا) يصح ومتى شرط البعض لأجنبى إن شرط عليه عمله صح وإلا لا :

قلت : لكن فى القهستانى أنه يصح مطلقا والمشروط للأجنبى إن شرط عمله وإلا فللمالك أيضا وعزاه للذخيرة خلافا للبرجندى وغيره فتنبه ولوشرط البعض لقضاء دين المضارب أو دين المالك جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه ولا يلزم بدفعه لغرمائه بحر .

(وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما) لكونها وكالة وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقا قهستانى . وفى البزازية : مات المضارب والمال عروض باعها وصيه ولو مات رب المال والمال نقد تبطل

عن عمل رب المال مع المضارب فإنه مفسد كما سيأتى (قوله للمولى) لكن المولى لايأخذ ثلث العبد مطلقا لما فى التبيين ، ثم إن لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أولا ، وإن كان عليه دين فهو كغرمائه إن شرط عمله ، لأنه صار مضاربا فى مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه وإن لم يشترط عمله فهو أجنبى عن العقد ، فكان كالمسكوت عنه فيكون للمولى ، لأنه نماء ملكه إذ لايشترط بيان نصيبه بل نصيب المضارب لكونه كالأجير اه ملخصا (قوله وفى نسخ المتن الخ) أما المتن فقد رأيت فى نسخة منه ولو شرط للثانى ثلثيه ولعبد المالك ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اه وهو فاسد كما ترى وأما الشرح فنصه وقوله على أن يعمل معه عادى ، وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون لسيده ، وإن لم يشترط عمله لايجوز ح كذا فى الهامش (قوله واشتراط) هذه المسئلة كالتعليل لما قبلها فكان الأولى تقديمها وتفريع الأولى عليها (قوله بخلاف مكاتب) أى إذا دفع مال مضاربة لآخر (قوله مولاه) أى فإنه لايفسد مطلقا فإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت بحر (قوله أوفى الرقاب) أى فكها وفساد الشرط فى الثلاث لعدم اشتراط العمل كما سيظهر (قوله ولم يصح الشرط) وما فى السراجية من الجواز محمول على جواز العقد لا الشرط منح فلا يحتاج إلى ماقيل إن المسألة خلافية لكن عدم صحة الشرط فى هذين إذا لم يشترط عملهما كما سيشير إليه بقوله ومتى شرط لأجنبى الخ ، ومر عن النهاية أن المرأة والولد كالأجنبى هنا وفى التبيين ، ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب إن شرط عمله جاز وكان المشروط اه لأنه صار مضاربا وإلا فلا لأن هذا ليس بمضاربة وإنما المشروط هبة موعودة فلا يلزم ، وعلى هذا غيره من الأجانب إن شرط له بعض الربح وشرط عمله عليه صح وإلا فلا اه (قوله لايصح) لأنه لم يشترط عمله (قوله صح) أى الاشتراط كالعقد (قوله لكن فى القهستانى) لامحل للاستدراك لأن قوله يصح مطلقا : أى عقد المضاربة صحيح سواء شرط عمل الأجنبى أولا غير أنه إن شرط عمله فالمشروط له ، وإلا فلرب المال لأنه بمنزلة المسكوت عنه ، ولو كان المراد أن الاشتراط صحيح مطلقا نافى قوله وإلا أى وإن لم يشترط عمله فللمالك (قوله ويكون) أى البعض (قوله قضاء) نائب فاعل المشروط (قوله بحر) عبارته ولا يجبر على دفعه

فى حق التصرف ولو عرضا تبطل فى حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد (و) بالحكم (بلحوق المالك مرتدا فإن عاد بعد لحوقه، مسلما فالمضاربة على حالها) حكم بلحاقها أم لا عناية (بخلاف الوكيل) لأنه لاحق له بخلاف المضارب (ولو ارتد المضارب فهى على حالها فإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت) وما تصرف نافذ وعهدته على المالك عند الإمام بحر (ولو ارتد المالك فقط) أى ولم يلحق (فتصرفه) أى المضارب (موقوف) وردة المرأة غير مؤثرة (وينعزل بعزله) لأنه وكيل (إن علم به) بخبر رجلين مطلقا أو فضولى عدل أو رسول مميز (وإلا) يعلم (لا) ينعزل (فإن علم) بالعزل ولو حكما كموت المالك ولو حكما (والمال عروض) هو هنا ما كان خلاف جنس رأس المال فالدراهم والدنانير هنا جنسان (باعها) ولو نسيئة وإن نهاه عنها (ثم لا يتصرف فى ثمنها) ولا فى نقد من جنس رأس ماله ويبدل خلافه به استحسانا لوجوب رد جنسه وليظهر الربح

لغرمائه اه كذا فى الهامش (قوله المسافرة) أى إلى غير بلد رب المال ط عن البزازية (قوله فإن عاد الخ) ينبغى أن يكون هذا إذا لم يحكم بلحاقه أما إذا حكم بلحاقه ، فلا تعود المضاربة ، لأنها بطلت كما هو ظاهر عبارة الاتقانى فى غاية البيان ، لكن فى العناية أن المضاربة تعود سواء حكم بلحاقه أم لا فتأمل رملى (قوله بخلاف الوكيل) أى لو ارتد موكله ولحق ثم عاد فلا تبقى الوكالة على حالها والفرق أن محل التصرف خرج عن ملك الموكل، ولم يتعلق به حق الوكيل فلذا قال لأنه الخ س (قوله بخلاف المضارب) فإن له حقا فإذا عاد المالك فهى على حالها (قوله ولو ارتد) محترز قوله وبلحوق (قوله فقط) على هذا لا فرق بين المالك والمضارب ، فلو قال : وبلحوق أحدهما ثم قال : ولو ارتد أحدهما فقط الخ لكان أخصر وأظهر تأمل لكن الفرق أنه إذا ارتد المضارب فتصرفه نافذ (قوله غير مؤثرة) سواء كانت هى صاحبة المال أو المضاربة إلا أن تموت أو تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها ، لأن ردتها لا تؤثر فى أملاكها فكذا فى تصرفاتها منح (قوله ولو حكما) أى واو العزل حكما فلا ينعزل فى الحكمى إلا بالعلم بخلاف الوكيل ، حيث ينعزل فى الحكمى ، وإن لم يعلم كذا قالوا فإن قلت ما الفرق بينهما ؟ قلت : قد ذكروا أن الفرق بينهما أنه لا حق له بخلاف المضارب منح (قوله ولو حكما) أى كارتداده مع الحكم بلحاقه س (قوله فالدراهم) التفريع غير ظاهر فالأولى الواو كما في البحر والمنح (قوله جنسان) فإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير له بيعها بالدراهم استحسانا منح وانظر ما مر فى البيع الفاسد عند قول المصنف والدراهم والدنانير جنس (قوله باعها) أى له بيعها ولا يمنعه العزل من ذلك إتقانى (قوله عنها)أى عن النسيئة كما لا يصح نهيه عن المسافرة فى الروايات المشهورة وكما لا يملك عزله لا يملك تخصيص الإذن ، لأنه عزل من وجه بحر عن النهاية وسيأتى (قوله ويبدل) لا حاجة إليه لفهمه مما قبله حيث بين المراد من العروض هنا قريبا ، وأن الدراهم والدنانير جنسان (قوله خلافه به) أى له أن يبدل خلاف رأس المال من النقد برأس المال قال فى البحر : وإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير يبيعها بالدراهم استحسانا مدنى (قوله لوجوب الخ) أى إن امتنع المالك من خلاف الجنس كما يفيده ما قدمنا عن الاتقانى :

[فرع] قال فى القنية من المضاربة أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة له أن يستوفى دنانير ، وله أن يأخذ من المال بقيمتها ، وتعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع اه وفى شرح الطحاوى: من المضاربة ، ويضمن لرب المال مثل ماله وقت الخلاف بيرى فى بحث القول فى ثمن المثل ، وهذه فائدة طالما توقفت فيها ، فإن رب المال يدفع دنانير مثلا بعدد مخصوص ، ثم تغلو قيمتها ويريد أخذها عددا لا بالقيمة تأمل : والذى يظهر من هذا أنه

(ولا يملك المالك فسخها فى هذه الحالة) بل ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه نهاية (بخلاف أحد الشريكين إذا فسخ الشركة ومالها أمتعة) صح (افترقا وفى المال ديون وربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون) إذ حينئذ يعمل بالأجرة (وإلا) ربح (لا) جبر لأنه حينئذ متبرع (و) يؤمر بأن (يوكل المالك عليه) لأنه غير العاقد (و) حينئذ ف (الوكيل بالبيع والمستبضع كالمضارب) يؤمران بالتوكيل (والسمسار يجبر على التقاضى) وكذا الدلال لأنهما يعملان بالأجرة :

[فرع] استؤجر على أن يبيع ويشترى لم يجز لعدم قدرته عليه والحيلة أن يستأجره مدة للخدمة ، ويستعمله فى البيع زيلعى (وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح) لأنه تبع (فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن) ولو فاسدة من عمله لأنه أمين (وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس المال وما فضل بينهما وإن نقص لم يضمن) لما مر :

ثم ذكر مفهوم قوله وبقيت المضاربة فقال (وإن قسم الربح وفسخت المضاربة) والمال فى يد المضارب (ثم عقداها فهلك المال لم يترادا وبقيت المضاربة) لأنه عقد جديد (وهى الحيلة النافعة للمضارب) :

فصل فى المتفرقات

(المضاربة لا تفسد بدفع كل المال أو بعضه) تقييد الهداية بالبعض اتفاقى عناية (إلى المالك بضاعة لا مضاربة)

لو علم عدد المدفوع ونوعه فله أخذه ، ولو أراد أن يأخذ قيمته من نوع آخر يأخذه بالقيمة الواقعة يوم الخلاف أى يوم النزاع والخصام وكذا إذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيرا فى زماننا حيث يدفع أنواعا ثم تجهل فيضطر إلى أخذ قيمتها لجهالتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام والله أعلم تأمل (قوله فى هذه الحالة) أى حالة كون المال عروضا لأن للمضارب حقا فى الربح بحر (قوله صح) أى الفسخ (قوله على اقتضاء الديون) أى طلبها من أربابها (قوله إذ حينئذ) عبارة البحر لأنه كالأجير والربح كالأجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبرعليه (قوله بالأجرة) ظاهره ولو كان الربح قليلا قال فى شرح الملتقى ، ومفاده أن نفقة الطلب على المضارب ، وهذا لو الدين فى المصر وإلا ففى مال المضاربة قال فى الهندية ، وإن طال سفر المضارب ومقامه حتى أتت النفقة فى جميع الدين ، فإن فضل على الدين حسب له النفقة مقدار الدين ، وما زاد على ذلك يكون على المضارب كذا فى المحيط ط (قوله والسمسار) هو المتوسط بين البائع والمشترى بأجر من غير أن يستأجر (قوله زيلعى) وتمام كلامه وإنما جازت هذه الحيلة لأن العقد يتناول المنفعة : وهى معلومة ببيان قدر المدة ، وهو قادر على تسليم نفسه فى المدة ، ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئا لا بأس به لأنه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (قوله ولو فاسدة) أى سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة ، وسواء كان الهلاك من عمله أولا ح (قوله من عمله) يعنى المسلط عليه عند التجار ، وأما التعدى فيظهر أنه يضمن سائحانى (قوله فهو بينهما) أى بعد دفع النفقة (قوله لما مر) أى من أنه أمين فلا يضمن (قوله فى يد المضارب) مثله فى العزمية عن صدر الشريعة ، وهو نص على المتوهم وإلا فبالأولى إذا دفعه لرب المال بعد الفسخ ثم استرده وعقد أخرى (قوله النافعة للمضارب) أى لو خاف أن يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى من رأس المال وعلم مما مر آنفا أنه لا يتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال وتقييد الزيلعى به اتفاقى كما نبه عليه أبو السعود :

فصل فى المتفرقات

(قوله لا مضاربة) أى فإنها تفسد وقد تبع الزيلعى ومفهومه أنه لو دفعه مضاربة تفسد الأولى مع أن الذى

لما مر (وإن أخذه) أى المالك المال (بغير أمر المضارب وباع واشترى بطلت إن كان رأس المال نقدا) لأنه عامل لنفسه (وإن صار عرضا لا) لأن النقد الصريح حينئذ لا يعمل فهذا أولى عناية ثم إن باع بعرض بقيت وإن بنقد بطلت لما مر (وإذا سافر) ولو يوما (فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) بفتح الراء ما يركب ولو بكراء (وكل ما يحتاجه عادة) أى فى عادة التجار بالمعروف (فى مالها) لو صحيحة لا فاسدة لأنه أجير فلا نفقة له كمستبضع ووكيل وشريك كاف وفى الأخير خلاف (وإن عمل فى المصر) سواء ولد فيه أو اتخذه دارا (فنفقته فى ماله) كدوائه على الظاهر أما إذا نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة ابن ملك ما لم يأخذ مالا لأنه لم يحتبس بمالها ولو سافر بماله ومالها

يفسد الثانية لا الأولى كما فى الهداية قال فى البحر : وتقييده بالبضاعة اتفاقى لأنه لو دفع المال إلى رب المال مضاربة لا تبطل الأولى، بل الثانية ، لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوّزناه يؤدى إلى قلب الموضوع ، وإذا لم يصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب ، فلا تبطل الأولى كذا فى الهداية وبه علم أنها بضاعة وإن سميت ، مضاربة لأن المراد بالبضاعة هنا الاستعانة لأن الابضاع الحقيقى لا يتأتى هنا ، وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل وفهم من مسألة الكتاب جواز الابضاع مع الأجنبى بالأولى اه (قوله لما مر) أى من أن الشىء لا يتضمن مثله (قوله وإن أخذه) محترز قوله بدفع (قوله وإن صار عرضا) أى فى يد المضارب (قوله ثم إن باع) أى ما صار عرضا (قوله لما مر) أى من أنه عامل لنفسه قال فى الهامش : فلو باع أى رب المال العروض بنقد ثم اشترى عروضا كان للمضارب حصته من ربح العروض الأولى لا الثانية ، لأنه لما باع العروض وصار المال نقدا فى يده كان ذلك نقضا للمضاربة فشراؤه به بعد ذلك يكون لنفسه فلو باع العروض لعروض مثلها أو بمكيل أو موزون وربح كان بينهما(١) على ما شرطا بحر ومنح عن المبسوط (قوله ولو يوما) لأن العلة فى وجوب النفقة حبس نفسه لأجلها فعلم أنه ليس المراد بالسفر الشرعى بل المراد أن لا يمكنه المبيت فى منزله ، فإن أمكن أنه يعود إليه فى ليلة فهو كالمصر لا نفقة له بحر (قوله ولو بكراء) بفتح الراء ومدها وكسر الهمزة بعدها (قوله لأنه أجير) أى فى الفاسدة (قوله خلاف) فإنه صرح فى النهاية بوجوبها فى مال الشركة منح ، وجعله فى شرح المجمع رواية عن محمد . وفى الحامدية فى كتاب الشركة عن الرملى على المنح أقول : ذكر فى التاترخانية عن الخانية قال محمد هذا استحسانا اه أى وجوب نفقته فى مال الشركة وحيث علمت أنه الإستحسان فالعمل عليه لما علمت أن العمل على الإستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها خير الدين على المنح اه (قوله مالم يأخذ مالا) يعنى لو نوى الإقامة بمصر ، ولم يتخذه دارا فله النفقة إلا إذا كان قد أخذ مال المضاربة فى ذلك المصر ، فلا نفقة له مادام فيه ولا يخفى ما فيه من الإيجاز الملحق بالألغاز .

قال فى البحر : فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة ، وكان قدم الكوفة مسافرا ، فلا نفقة له فى المال مادام فى الكوفة فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة ، حتى يأتى البصرة ، لأن خروجه لأجل المال ، ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلى له فكانت إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال ، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتى الكوفة ، لأن خروجه من البصرة لأجل المال ، وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة ، وأنه يبطل بالسفر فإذا عاد إليها وليس له بها وطن كانت إقامته فيها لأجل المال كذا فى البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية اه : ويظهر منه(٢) أنه لو كان له وطن

---

(١) (قوله كان بينهما الخ) لأن رب المال لا يتمكن من نقض المضاربة مادام المال عروضا اه .

(٢) (قوله ويظهر منه الخ) نقل ط عن مكى عن المبسوط ما نصه وإن تزوج امرأة واتخذها وطنا زالت نفقته من مال المضاربة لأن مقامه بها بعد ما تزوج كان لأجل أهله بمنزلة وطنه الأصلى اه .

أو خلط بإذن أو بمالين لرجلين أنفق بالحصة ، وإذا قدم رد ما بقي مجمع ، ويضمن الزائد على المعروف ، ولو أنفق من ماله ليرجع فى مالها له ذلك ولو هلك لم يرجع على المالك (ويأخذ المالك قدر ما أنفقه المضارب من رأس المال إن كان ثمة ربح فإن استوفاه أو فضل شيء) من الربح (اقتسماه) على الشرط لأن ما أنفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف إلى الربح كما مر (وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه) أى المضارب (وإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصباغ ونحوه) مما اعتيد ضمه (ويقول البائع (قام على بكذا وكذا يضم إلى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة أو حكما أو اعتاده التجار) كأجرة السمسار هذا هو الأصل نهاية (لا) يضم ما أنفقه (على نفسه) لعدم الزيادة والعادة (مضارب بالنصف شرى بألفها بزا) أى ثيابا (وباعه بألفين وشرى بهما عبدا فضاعا فى يده) قبل نقدهما لبائع العبد (غرم المضارب نصف الربح (ربعهما و) غرم (المالك الباقى و) يصير (ربع العبد) ملكا (للمضارب) خارجا عن المضاربة لكونه مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف (وباقيه لها ورأس المال) جميع ما دفع المالك وهو (ألفان وخمسمائة و) لكن (رابح) المضارب فى بيع العبد (على ألفين) فقط لأنه شراه مبهما (ولو بيع) العبد (بضعفهما) بأربعة آلاف (فحصتها ثلاثة آلاف) لأن ربعه المضارب (والربح منها

بالكوفة أيضا ليس له الإنفاق إلا فى الطريق ورأيت التصريح به فى التاترخانية من الخامس عشر (قوله أو خلط الخ) أو بعرف شائع كما قدمنا أنه لا يضمن به تأمل (قوله بإذن) أى وتصير شركة ملك فلا تنافى المضاربة ونظيره ما قدمناه لو دفع إليه ألفا نصفها قرض ونصفها مضاربة صح ، ولكل نصف حكم نفسه اه مع أن المال مشترك شركة ملك فلم يضمن المضاربة(١) وبه ظهر أنه لا ينافى ما قدمه الشارح عن الكافى من أنه ليس للشريك نفقة فافهم (قوله أو بمالين) أى وإن كان أحدهما بضاعة فنفقته فى مال المضاربة إلا أن يتفرع للعمل فى البضاعة فمن مال نفسه دون البضاعة إلا إن أذن له المستبضع بالنفقة منها ، لأنه متبرع تاترخانية فى الخامس عشر عن المحيط ، وفيها عن العتابية ، ولو رجع المضارب من سفره بعد موت رب المال فله أن ينفق من المال على نفسه وعلى الرقيق وكذا بعد النهى ولو كتب إليه ينهاه وقد صار المال نقدا لم ينفق فى رجوعه اه (قوله ولو هلك) أى مالها (قوله ويأخذ) أى من الربح (قوله من رأس) متعلق بأنفق وحاصل المسألة أنه لو دفع له ألفا مثلا فأنفق المضارب من رأس المال مائة وربح مائة يأخذ المالك المائة الربح بدل المائة التى أنفقها المضارب ليستوفى المالك جميع رأس ماله فلو كان الربح فى هذه الصورة مائتين يأخذ مائة بدل النفقة ويقتسمان المائة الثانية (قوله من الحملان) قال فى مجمع البحرين : والحملان بالضم : الحمل مصدر حمله والحملان أيضا أجر ما يحمل اه وهو المراد ط (قوله حقيقة) كالصبغ (قوله أو حكما) كالقصارة (قوله والعادة) قد سبق فى المرابحة أن العبرة فى الضم لعادة التجار فإذا جرت بضم ذلك يضم ط (قوله أى ثيابا) قال فى البحر : وقال محمد فى السير البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف أو الخز كذا فى المغرب اه (قوله نصف الربح) لأنه ظهر فيها ربح ألف لما صار المال نقدا ، فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتركا ربعه للمضارب والباقى لرب المال فيكون مضمونا عليهما بالحصص (قوله الباقى) ولكن الألفان يجبان جميعا للبائع على المضارب ، ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه إتقانى (قوله لكونه) علة لقوله خارجا (قوله وبينهما) أى بين الضمان المفهوم من مضمون وبين الأمانة (قوله لها) لأن ضمان رب المال لا ينافى المضاربة س (قوله ولو بيع) أى والمسألة بحالها (قوله فحصتها) أى المضاربة . (قوله لأن ربعه) أى ربع العبد ملك للمضارب كما تقدم

---

(١) (قوله فلم يضمن المضاربة) لعل الصواب فلم تبطل المضاربة تأمل اه .

نصف الألف بينهما) لأن رأس المال ألفان وخمسمائة (ولو شرى من رب المال بألف عبدا شراه) رب المال (بنصفه رابح بنصفه) وكذا عكسه لأنه وكيله ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه (ولو شرى بألفها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) على قدر ملكهما (والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لخروجه عن المضاربة بالفداء للتنافى كما مر ولو اختار المالك الدفع والمضارب الفداء فله ذلك لتوهم الربح حينئذ .

(اشترى بألفها عبدا وهلك الثمن قبل النقد) للبائع لم يضمن لأنه أمين بل (دفع المالك) للمضارب (ألفا أخرى ثم وثم) أى كلما هلك دفع أخرى إلى غير نهاية (ورأس المال جميع ما دفع)

وفى الهامش قوله ربعه وهو الألف اه (قوله بينهما) أى والألف يختص بها المضارب كما مر (قوله عبدا) أى قيمته ألف فالثمن والقيمة سواء وإنما قلنا ذلك لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ، ثم باعه من المضارب بألفين بعد ماربح المضارب ألفا ، فإنه يرابح على ألف وخمسمائة ، وكذا لو الفضل فى قيمة المبيع دون الثمن بأن كان العبد يساوى ألفا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف وباعه من المضارب بألف فإنه يرابح على ألف ومائتين وخمسين ، وكذا عكسه بأن شرى عبداً قيمته ألف بألف فباعه منه بألف(١) فالمسألة رباعية قسمان لايرابح فيهما إلا على مااشترى رب المال وقسمان يرابح فيهما عليه وعلى حصة المضارب ، وهذا إذا كان البائع رب المال فلو كان المضارب فهو على أربعة أقسام أيضا كما يأتى وتمامه فى البحر عن المحيط (قوله شراه) صفة عبدا (قوله رابح) جواب لو (قوله وكذا عكسه) وهو مالو كان البائع المضارب والمسألة بحالها بأن شرى رب المال بألف عبدا شراه المضارب بنصفه ورأس المال ألف فإنه يرابح بنصفه ، وهذا إذا كانت قيمته كالثمن لافضل فيهما . ومثله لو الفضل فى القيمة فقط ، أما لو كان فيهما فضل أو فى الثمن فقط فإنه يرابح على مااشترى به المضارب وحصة المضارب وبه علم أن المسألة رباعية أيضا وتمامه في البحر (قوله ولو شرى)أى من معه ألف بالنصف كما قيد به فى الكنز (قوله بالفداء) لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال ، فإذا فدياه خرج عن المضاربة لأن نصيب المضارب صار مضمونا عليه ، ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضى بالفداء عليهما ، وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء غرما على قدر(٢) ملكهما بحر والفرق بين هذا وبين مامر حيث لايخرج هناك ماخص رب المال عن المضاربة ، وهنا يخرج أن الواجب هناك ضمان التجارة وهو لاينافى المضاربة وهنا ضمان الجناية ، وهو ليس من التجارة فى شىء فلا يبقى على المضاربة كفاية (قوله كمامر) أى قريبا من أن ضمان المضارب ينافى المضاربة س (قوله ولو اختار المالك الدفع الخ) قال فى البحر : قيد بقوله قيمته ألفان ، لأنه لو كانت قيمته ألفا فتدبير الجناية إلى رب المال ، لأن الرقبة على ملكه لاملك للمضارب فيها فإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لأنه يستبقى بالفداء مال المضاربة وله ذلك لأن الربح يتوهم كذا فى الإيضاح اه ونحوه فى غاية البيان .

ولا يخفى أن الربح فى مسألة المتن محقق بخلاف هذه ، فقد علل لغير مذكور على أن الظاهر أنه فى مسألة المتن لاينفرد أحدهما بالخيار لكون العبد مشتركا يدل له مافى غاية البيان ، ويكون الخيار لهما جميعا إن شاءا فديا وإن شاءا دفعا فتأمل (قوله مادفع) فلا يظهر الربح إلا بعد استيفاء المالك الكل لكن المضارب لايرابح إلا على

---

(١) (قوله فباعه منه بألف الخ) لعل الصواب بألفين تأمل اه .

(٢) (قوله أو بالفداء غرما على قدر الخ) لعل الصواب يخدمهما على قدر الخ تأمل اه .

بخلاف الوكيل لأن يده ثانيا يد استيفاء لا أمانة :
(معه ألفان فقال) للمالك (دفعت إلى ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت ألفين فالقول للمضارب) لأن القول فى مقدار المقبوض للقابض أمينا أو ضمينا كما لو أنكره أصلا (ولو كان الاختلاف) مع ذلك (فى مقدار الربح فالقول لرب المال فى مقدار الربح فقط) لأنه يستفاد من جهته (وأيهما أقام بينة تقبل وإن أقاماها فالبينة بينة رب المال فى دعواه الزيادة فى رأس المال و) بينة (المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح) قيد الاختلاف بكونه فى المقدار لأنه لو كان فى الصفة فالقول لرب المال فلذا قال (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لأنه منكر (وكذا لو قال) المضارب (هى قرض وقال رب المال هى بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) لأنه يدعى عليه التمليك والمالك ينكر (و) أما (لو ادعى المالك القرض. والمضارب المضاربة فالقول للمضارب) لأنه ينكر الضمان وأيهما أقام البينة قبلت (وإن أقاما بينة فبينة رب المال أولى) لأنها أكثر إثباتا وأما الاختلاف فى النوع فإن ادعى المضارب العموم أو الإطلاق وادعى المالك الخصوص فالقول للمضارب لتمسكه بالأصل

ألف كما مر (قوله بخلاف الوكيل) أى إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء، ثم هلك فإنه لا يرجع إلا مرة (قوله لأن يده ثانيا الخ) الضمير فيه للوكيل بيانه أن المال فى يد المضارب أمانة ، ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأنه لا يكون إلا بقبض مضمون ، فكل ماقبض يكون أمانة وقبض الوكيل ثانيا استيفاء ، لأنه وجب له على الموكل مثل ماوجب عليه للبائع ، فإذا صار مستوفيا له صار مضمونا عليه فيهلك عليه ، بخلاف ما إذا لم يكن مدفوعا إليه إلا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلا لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء ، فجعل مستوفيا بالقبض بعده إذ المدفوع إليه قبله أمانة ، وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا فإذا هلك يرجع مرة فقط لما قلنا (قوله مع ذلك) أى مع الاختلاف فى رأس المال (قوله الربح) صورته : قال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب : رأس المال ألف وشرطت لى النصف (قوله فقط) لا فى رأس المال بل القول فيه للمضارب كما علمت (قوله فالبينة الخ) لأن بينة رب المال فى زيادة رأس المال أكثر إثباتا وبينة المضارب فى زيادة الربح أكثر إثباتا كما فى الزيلعى ويؤخذ من هذا ومن الاختلاف فى الصفة أن رب المال لو ادعى المضاربة وادعى من فى يده المال أنها عنان وله فى المال كذا وأقاما البينة فبينة ذى اليد أولى لأنها أثبتت حصة من المال وأثبتت الصفة سائحانى (قوله فالقول للمالك) لأن المضارب يدعى عليه تقوم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر منح (قوله المضارب) الأولى ذو اليد (قوله هى قرض) ليكون كل الربح له (قوله فالقول للمضارب) مثله فى الخانية وغاية البيان والزيلعى والبحر ونقله ابن الشحنة عن النهاية وشرح التجريد . وحكى ابن وهبان فى نظمه قولين وفى مجموعة منلا على عن مجموعة الأنقروى عن محيط السرخسى لو قال رب المال : هو قرض والقابض مضاربة فإن بعد ماتصرف فالقول لرب المال والبينة بينته أيضا ، والمضارب ضامن وإن قبله فالقول قوله ولا ضمان عليه أى القابض ، لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض لإنكار القابض اه ونقل فيها عن الذخيرة من الرابع عشر مثله ، ومثله فى كتاب القول لمن عن غانم البغدادى عن الوجيز ، وبمثله أفتى على أفندى مفتى الممالك العثمانية ، وكذا قال فى فتاوى ابن نجيم القول لرب المال ويمكن أن يقال إن مافى الخانية والتنوير فيما إذا كان قبل التصرف حملا للمطلق على المقيد لاتحاد الحادثة والحكم وبالله التوفيق من مجموعة منلا على ملخصا (قوله بالأصل) لأن الأصل فى المضاربة العموم إذ المقصود منها الاسترباح والعموم والإطلاق يناسباله ، وهذا إذا تنازعا بعد تصرف المضارب فلو قبله فالقول للمالك كما إذا ادعى المالك بعد التصرف العموم والمضارب

ولو ادعى كل نوعا فالقول للمالك والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه ويلزمه نفى الضمان ولو وقت البينتان قضى بالمتأخرة وإلا فبينة المالك .

[فروع :] دفع الوصى مال الصغير إلى نفسه مضاربة جاز وقيده الطرسوسى بأن لا يجعل الوصى لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله وتمامه فى شرح الوهبانية :

وفيها : مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد دينا فى تركته وفى الاختيار دفع المضارب شيئا للعاشر ليكف عنه ضمن لأنه ليس من أمور التجارة لكن صرح فى مجمع الفتاوى بعدم الضمان فى زماننا قال : وكذا الوصى لأنهما يقصدان الإصلاح وسيجىء آخر الوديعة وفيه : لو شرى بمالها متاعا فقال : أنا أمسكه حتى أجد ربحا كثيرا وأراد المالك بيعه فإن فى المال ربح أجبر على بيعه لعمله بأجر كما مر إلا أن يقول للمالك أعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك وفى البزازية : دفع إليه ألفا نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة اهـ .

قلت : والمفتى به أنه لا ضمان مطلقا لا فى المضاربة لأنها أمانة ولا فى الهبة لأنها فاسدة وهى تملك بالقبض على المعتمد المفتى به كما سيجىء فلا ضمان فيها وبه يضعف قول الوهبانية :

وأودعه عشرا على أن خمسة   له هبة فاستهلك الخمس يخسر

الخصوص فالقول للمالك در منتقى (قوله كل نوعا) بأن قال أحدهما فى بر وقال الآخر فى بر (قوله فالقول للمالك) لأنهما اتفقا على الخصوص فكان القول قول من يستفاد من جهته الإذن س (قوله فيقيمها) أى البينة (قوله على صحة الخ) يعنى أن البينة تكون حينئذ على صحة تصرفه لا على نفى الضمان حتى تكون على النفى فلا تقبل (قوله ولو وقت) فى بعض النسخ ولو وقتت (قوله البينتان) فاعل وقت والمسألة بحالها بأن قال رب المال : أديته إليك مضاربة أن تعمل فى بز فى رمضان وقال المضارب : دفعت إلى لأعمل فى طعام فى شوال ، وأقاما البينة (قوله قضى بالمتأخرة) لأن آخر الشرطين ينسخ أولهما (قوله وإلا) أى إن لم يوقتا أو وقتت إحداهما دون الأخرى (قوله إلى نفسه) الضمير راجع إلى الوصى (قوله وقيده الطرسوسى) أى بحثا منه ورده ابن وهبان بأنه تقييد لإطلاقهم برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق ، واستظهر ابن الشحنة ما قاله الطرسوسى نظرا للصغير .

أقول : لكن فى جامع الفصولين عن الملتقط ليس للوصى فى هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة فهذا يفيد المنع مطلقا (قوله فى تركته) لأنه صار بالتجهيل مستهلكا وسيأتى تمامه فى الوديعة إن شاء الله تعالى وأفتى به فى الحامدية قائلا وبه أفتى قارىء الهداية (قوله وفيه لو شرى الخ) الكلام هنا فى موضعين الأول حق إمساك المضارب المتاع من غير رضا رب المال ، والثانى إجبار المضارب على البيع حيث لاحق له فى الإمساك ، أما الأول فلاحق له فيه سواء كان فى المال ربح أولا إلا أن يعطى لرب المال رأس المال فقط إن لم يربح أو مع حصته من الربح فحينئذ له حق الإمساك ، وأما الثانى وهو إجباره على البيع فهو أنه إن كان فى المال ربح أجبر على البيع إلا أن يدفع للمالك رأس ماله من حصته من الربح ، وإن لم يكن فى المال ربح لا يجبر ولكن له أن يدفع للمالك رأس ماله أو يدفع له المتاع برأس ماله هذا حاصل ما فهمته من عبارة المنح عن الذخيرة وهى عبارة معقدة ، وقد راجعت عبارة الذخيرة فوجدتها كما فى المنح ، وبقى ما إذا أراد المالك أن يمسك المتاع والمضارب يريد بيعه وهو حادثة الفتوى ، ويعلم جوابها مما مر قبيل الفصل من أنه لو عزله وعلم به والمال عروض باعها وإن نهاه المالك ولا يملك المالك فسخها ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه (قوله حصة الهبة) لأن هبة المشاع الذى يقبل القسمة غير صحيحة فيكون فى ضمانه (قوله وهى الخ) ونقلها الفتال عن الهندية (قوله تملك بالقبض) أقول لا تنافى بين الملك بالقبض والضمان سائحانى .

كتاب الإيداع

لا خفاء فى اشتراكه مع ما قبله فى الحكم وهو الأمانة

(هو) لغة : من الودع أى الترك وشرعا (تسليط الغير على حفظ ماله صريحا أو دلالة) كأن انفتق زق رجل فأخذه رجل بغيبة مالكه ثم تركه ضمن لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة بحر (والوديعة ما تترك عند الأمين) وهى أخص من الأمانة كما حققه المصنف وغيره .

(وركنها : الإيجاب صريحا) كأودعتك (أو كناية) كقوله لرجل أعطنى ألف درهم أو أعطنى هذا الثوب مثلا فقال : أعطيتك كان وديعة بحر لأن الإعطاء يحتمل الهبة لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية (أوفعلا) كما لو وضع ثوبه بين يدى رجل ولم يقل

أقول : نص عليه فى جامع الفصولين حيث قال رامزا لفتاوى الفضلى الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ، ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه إذ الفاسدة مضمونة فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اهـ فتنبه .

[فروع] سئل فيما إذا مات المضارب ، وعليه دين وكان مال المضاربة معروفا ، فهل يكون رب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح الجواب : نعم كما صرح به فى الخانية والذخيرة البرهانية حامدية ، وفيها عن قارئ الهداية من باب القضاء فى فتاواه إذا ادعى أحد الشريكين خيانة فى قدر معلوم ، وأنكر حلف عليه فإن حلف برئ وإن نكل ثبت ماادعاه ، وإن لم يعين مقدارا ، فكذا الحكم لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يعين مقدار ماخان فيه والقول قوله فى مقداره مع يمينه ، لأن نكوله كإقرار بشىء مجهول والبيان فى مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على أكثر اهـ .

كتاب الإيداع

(قوله بغيبة الخ) قيد به لأن المالك لو كان حاضرا لم يضمن كما حققه المصنف أنظر اليعقوبية قال فى المنح : إن الأمانة علم لما هو غير مضمون ، فشمل جميع الصور التى لاضمان فيها كالعارية والمستأجرة والموصى بخدمته فى يد الموصى له بها والوديعة ماوضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين . واختاره صاحب النهاية وفى البحر وحكمهما مختلف فى بعض الصور ، لأنه فى الوديعة يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ، وفى الأمانة لايبرأ عن الضمان بعد الخلاف .

[نكتة] ذكرها فى الهامش روى : أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق فى زى الفقراء فمر بها يوسف عليه السلام فقامت تنادى أيها الملك اسمع كلامى فوقف يوسف عليه السلام فقالت : الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة : أقامت الملوك مقام المملوك فسأل عنها فقيل إنها زليخا فتزوجها رحمة عليها اهـ زيلعى (قوله أو كناية) المراد بها ماقابل الصريح مثل كنايات الطلاق لا البيانية (قوله لأن الخ) التعليل فى البحر أيضا (قوله ولم يقل الخ) فلو قال : لاأقبل الوديعة لايضمن إذ القبول عرفا لايثبت عند الرد صريحا .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : دل هذا على أن البقار لايصير مودعا فى بقرة من بعثها إليه فقال البقار للرسول : اذهب بها إلى ربها فإنى لاأقبلها فذهب بها ، فينبغى أن لايضمن البقار وقد مر خلافه يقول الحقير

شيئا فهو إيداع :

(والقبول من المودع صريحا) كقبلت (أو دلالة) كما لو سكت عند وضعه فإنه قبول دلالة كوضع ثيابه في حمام بمرأى من الثيابي وكقوله لرب الخان أين أربطها فقال هناك كان إيداعا خانية هذا في حق وجوب الحفظ وأما في حق الأمانة فتتم بالإيجاب وحده حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل اختيار (وشرطها كون المال قابلا لإثبات اليد عليه) فلو أودع الآبق أو الطير في الهواء لم يضمن (وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه) فلو أودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولو عبدا محجورا ضمن بعد عتقه (وهي

قوله : ينبغي لاينبغي إذ الرسول لما أتى بها إليه خرج عن حكم الرسالة ، وصار أجنبيا فلما قال البقار ردها على مالكها صار كأنه ردها إلى أجنبي أو ردها مع أجنبي فلذا يضمن بخلاف مسألة الثوب نور العين وتمامه فيه :

وفيه أيضا عن الذخيرة : ولو قال لم أقبل حتى لم يصر مودعا وترك الثوب ربه ، وذهب فرفعه من لم يقبل وأدخله بيته ينبغي أن يضمن لأنه لما لم يثبت الإيداع صار غاصبا برفعه يقول الحقير فيه إشكال وهو أن الغصب إزالة يد المالك ولم توجد ورفعه الثوب لقصد النفع لاالضرر بل ترك المالك ثوبه إيداع ثان ورفع من لم يقبل قبول ضمنا ، فالظاهر أنه لايضمن والله تعالى أعلم اه (قوله شيئا) فلو قال لا أقبل لايكون مودعا لأن الدلالة لم توجد بحر وفيه عن الخلاصة لو وضع كتابه عند قوم ، فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع ، وإن قاموا واحدا بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اه فكل من الإيجاب والقبول فيه غير صريح كمسألة الخاني الآتية قريبا .

[فرع] في جامع الفصولين : لو أدخل دابته دار غيره وأخرجها رب الدار لم يضمن ، لأنها تضر بالدار ولو وجد دابة في مربطه فأخرجها ضمن سائحاني (قوله كما لو سكت) أي فإنه قبول ، وبعد أن ذكر هذا في الهندية قال وضع شيئا في بيته بغير أمره فلم يعلم حتى ضاع لايضمن لعدم التزام الحفظ . وضع عند آخر شيئا وقال احفظ فضاع لايضمن لعدم التزام الحفظ اه ويمكن التوفيق بالقرينة الدالة على الرضا وعدمه سائحاني (قوله من الثيابي)ولا يكون الحمامي مودعا مادام الثيابي حاضرا فإن كان غائبا فالحمامي مودع بحر . وفيه عن إجارات الخلاصة لبس ثوبا فظن الثيابي أنه ثوبه ، فإذا هو ثوب الغير ضمن هو الأصح أي لأنه بترك السؤال والتفحص يكون مفرطا ، فلا ينافي مايأتي من أن اشتراط الضمان على الأمين باطل أفاده أبو السعود (قوله وهذا) أي اشتراط القبول أيضا (قوله وإن لم يقبل) قد مر أن القبول صريح ودلالة فلعله هنا بمعنى الرد أما لو سكت فهو قبول دلالة تأمل (قوله لإثبات اليد) قال بعض الفضلاء فيه تسامح إذ المراد إثبات اليد بالفعل ، ولا يكفي قبول الإثبات كما أشار إليه في الدرر بقوله وحفظ شئ بدون إثبات اليد عليه محال تأمل فتال وأجاب عنه أبو السعود (قوله فلو أودع صبيا) قال الرملي في حاشية المنح :ويستثنى من إيداع الصبي ماإذا أودع صبي محجور مثله : وهي ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع والآخذ كذا في الفوائد الزينية مدني وانظر حاشية الفتال(قوله ضمن بعد عتقه)أي لو بالغا وإلا فلا ضمان .

[فرع] قال في الهامش لو احتاج إلى نقل العيال أولم يكن له عيال فسافر بها لم يضمن ، وهذا لوعين المكان فلولم عين بأن قال احفظ هذا ، ولم يقل في مكان كذا ، فسافر به فلو كان الطريق مخوفا ضمن بالإجماع ، وإلا لاعندنا كالأب أو الوصي لو سافر بمال الصبي وهذا إذا لم يكن حمل ومؤنة جامع الفصولين ، فلو كان لها حمل ومؤنة وقد أمر بالحفظ مطلقا ، فلو كان لابد له من السفر ، وقد عجز عن حفظه في المصر الذى أودعه فيه لم

أمانة) هذا حكمها مع وجوب الحفظ والأداء عند الطلب واستحباب قبولها (فلا تضمن بالهلاك) إلا إذا كانت الوديعة بأجر أشباه معزيا للزيلعي (مطلقا) سواء أمكن التحرز أم لا هلك معها شيء أم لا لحديث الدارقطني : « ليس على المستودع غير المغل ضمان » .

(واشتراط الضمان على الأمين) كالحمامي والخاني (باطل به يفتى) خلاصة وصدر الشريعة (وللمودع حفظها بنفسه وعياله) كما له (وهم من يسكن معه حقيقة أو حكما لا من يمونه) فلو دفعها اولده المميز أو زوجته ولا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن خلاصة وكذا لو دفعتها ازوجها ، لأن العبرة للمساكنة لا للنفقة وقيل يعتبران معا عيني ؛

(وشرط كونه) أي من في عياله (أمينا) فلو علم خيانته ضمن خلاصة (و) جاز (لمن في عياله الدفع لمن في عياله ولو نهاه عن الدفع إلى بعض من في عياله فدفع إن وجد بدا منه) بأن كان له عيال غيره ابن ملك (ضمن وإلا لا وإن حفظها بغيرهم ضمن) وعن محمد إن حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله ومأذونه وشريكه مفاوضة وعنانا جاز وعليه الفتوى ابن ملك واعتمده ابن الكمال وغيره وأقره المصنف (إلا إذا خاف الحرق أو الغرق) وكان غالبا محيطا فلو غير محيط ضمن (فسلمها إلى جاره أو) إلى (فلك آخر) إلا إذا أمكنه دفعها لمن في عياله

يضمن بالإجماع فلو له بد من السفر فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله قريبا أو بعيدا ، وعن أبي يوسف رحمه الله ضمن لو بعيدا لا لو قريبا ، وعن محمد ضمن في الحالين جامع الفصولين. المودع بأجر ليس له أن يسافر بها لتعيين مكان العقد للحفظ جامع الفصولين (قوله عند الطلب) إلا في مسائل ستأتي (قوله بأجر) سيأتي أن الأجير المشترك لا يضمن ، وإن شرط عليه الضمان وأيضا قول المتن هنا واشتراط الخ يرد عليه ، وهذا مع الشرط فكيف مع عدمه . وفي البزازية : دفع إلى صاحب الحمام ، واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف قد ذكرنا أنه لا أثر له فيما عليه الفتوى سائحاني . وانظر حاشية الفتال ، وقد يفرق بأنه هنا مستأجر على الحفظ قصدا بخلاف الأجير المشترك فإنه مستأجر على العمل تأمل (قوله للزيلعي) ومثله في النهاية والكفاية وكثير من الكتب رملي على المنح (قوله غير المغل) أي الخائن كذا في الهامش (قوله كالحمامي) أي معلم الحمام ، وأما من جرى العرف بأنه يأخذ في مقابلة حفظه أجرة يضمن ، لأنه وديع بأجرة لكن الفتوى على عدمه سائحاني (قوله فلو دفعها) تفريع على قوله أو حكما (قوله لولده المميز) بشرط أن يكون قادرا على الحفظ بحر عن الخلاصة (قوله ضمن) أي بدفعها له وكذا لو تركه في بيته الذي فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن بحر عن الخلاصة (قوله في عياله) الضمير في عياله الأخير يصح أن يرجع للعيال الأول وبه صرح الشرنبلالي ، ويصح أن يرجع إلى المودع وبه صرح المقدسي ، وفيه لا يشترط في الأبوين كونهما في عياله وبه يفتى ،ولو أودع غير عياله ، وأجاز المالك خرج من البين ، ولو وضع في حرز غيره بلا استئجار يضمن ولو آجر بيتا من داره ، ودفعها أي الوديعة إلى المستأجر إن كان لكل منهما غلق على حدة يضمن ، وإن لم يكن وكل منهما يدخل على صاحبه من غير حشمة لم يضمن ، وفي سكوتهم عن الدفع لعيال المودع إشارة إلى أنه لا يملكه ونقل شيخنا اختلافا وترجيح الضمان سائحاني وأراد بشيخنا أبا السعود ؛

[فرع] لو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إلى فدفعها إلى أمين فضاعت قيل يضمن وقيل لا يضمن تاترخانية سائحاني .

[فرع] حضرتها الوفاة فدفعت الوديعة إلى جارتها فهلكت عند الجارة قال البلخي إن لم يكن بحضرتها عند الوفاة أحد ممن يكون في عيله لا يضمن كما لو وقع الحريق في دار المودع له دفعها لأجنبي خانية (قوله وعليه الفتوى) ونقله في البحر عن النهاية وقال قبله وظاهر المتون أن كون الغير في عياله شرط واختاره في الخلاصة (قوله وكان غالبا محيطا) وفي التاترخانية عن التتمة : وسئل حميد الوبري عن مودع وقع الحريق ببيته ، ولم ينقل

أو ألقاها فوقعت فى البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن زيلعى (فإن ادعاه) أى الدفع لجاره أو فلك آخر (صدق إن علم وقوعه) أى الحرق (ببينته) أى بهدار المودع (وإلا) يعلم وقوع الحرق فى داره (لا) يصدق إلا ببينة فحصل بين كلامى الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق.

(ولو منعه الوديعة ظلما بعد طلبه) لرد وديعته فلو حملها إليه لم يضمن ابن ملك بنفسه ولو حكما كوكيله بخلاف رسوله ولو بعلامة منه على الظاهر (قادرا على تسليمها ضمن وإلا) بأن كان عاجزا أو خاف على نفسه أو ماله بأن كان مدفونا معها ابن ملك (لا) يضمن كطلب الظالم (فلو كان الوديعة سيفا أراد صاحبه أن يأخذه ليضرب به رجلا فله المنع من الدفع) إلى أن يعلم أنه ترك الرأى الأول وأنه ينتفع به على وجه مباح جواهر (كما لو أودعت) المرأة (كتابا فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها منه) فله منعه منها لئلا يذهب حق الزوج خانية.

الوديعة إلى مكان آخر إن مع تمكنه منه فتركها حتى احترقت ضمن اه ومثله مالو تركها حتى أكلها العث كما يأتى فى النظم. ذكر محمد فى حريق وقع فى دار المودع فدفعها إلى أجنبى لم يضمن، فلو خرج من ذلك ولم يستردها ضمن، وتمامه فى نور العين. وفى جواهر الفتاوى: وإذا دفع الوديعة لآخر لعذر، فلم يسترد عقب زواله، فهلكت عند الثانى لايضمن لأن المودع يضمن بالدفع ولما لم يضمن به للعذر لايضمن بالترك يدل عليه لو سلمها إلى عياله وتركها عندهم لايضمن للإذن، وكذا الدفع هنا مأذون فيه اه ملخصا (قوله أو ألقاها) أى فى السفينة (قوله كلامى الخلاصة الخ) نص الخلاصة إذا علم أنه وقع الحريق فى بيته قبل قوله وإلا فلا، وعبارة الهداية أنه لايصدق إلا ببينة قال فى المنح: ويمكن حمل كلام الهداية على ماإذا لم يعلم بوقوع الحريق فى بيته، وبه يحصل التوفيق ومن ثم عولنا عليه فى المختصر ح (قوله كوكيله) فى الخلاصة المالك إذا طلب الوديعة فقال المودع: لايمكننى أن أحضرها الساعة فتركها وذهب إن تركها عن رضا فهلكت لايضمن، لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة وإن كان عن غير رضا يضمن، ولو كان الذى طلب الوديعة وكيل المالك يضمن، لأنه ليس له إنشاء الوديعة بخلاف المالك اه وهذا صريح فى أنه يضمن بعدم الدفع إلى وكيل المالك كما لايخفى.

وفى الفصول العمادية معزيا إلى الظهيرية: ورسول المودع إذا طلب الوديعة فقال لاأدفع إلا للذى جاء بها ولم يدفع إلى الرسول حتى هلكت ضمن، وذكر فى فتاوى القاضى ظهير الدين هذه المسألة، وأجاب نجم الدين: أنه يضمن وفيه نظر بدليل أن المودع إذا صدق من ادعى أنه وكيل بقبض الوديعة، فإنه قال فى الوكالة: لايؤمر بدفع الوديعة إليه، ولكن لقائل أن يفرق بين الوكيل والرسول لأن الرسول ينطق على لسان المرسل وإلا كذلك الوكيل: ألا ترى أنه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لا يصح، ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول صح كذا فى فتاواه اه منح.

قال محشيه الرملى فى حاشية البحر: ظاهر مافى الفصول أنه لايضمن فى مسألة الوكيل فهو مخالف للخلاصة ويتراءى لى التوفيق بحمل مافى الخلاصة على ماإذا قصد الوكيل إنشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له فى وقت آخر وما فى الفصول والتجنيس على ما إذا منع ليؤدى إلى المودع بنفسه، ولذا قال فى جوابه: لاأدفع إلا للذى جاء بها وتمامه فيها (قوله كطلب الظالم) الظاهر أن المراد بالظالم هنا المالك لأن الكلام فى طلبه هو فما بعده مفرع عليه أعنى قوله فلو كانت الخ يدل عليه قول المصنف فى المنح لما فيه من الإعانة على الظلم.

[فرع ذكره فى الهامش]: مرضت الدابة الوديعة فأمر المودع إنسانا فعالجها ضمن المالك أيهما شاء فلو

(ومنه) أى من المنع ظلما (موته) أى موت المودع (مجهلا فإنه يضمن) فتصير دينا فى تركته إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان ، ولو قال الوارث : أنا علمتها وأنكر الطالب إن فسرها وقال هى كذا وأنا علمتها وهلكت صدق وهذا ما لو كانت عنده سواء إلا فى مسألة وهى أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لايضمن والمودع إذا دل ضمن خلاصة إلا إذا منعه من الأخذ حال الأخذ (كما فى سائر الأمانات) فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشريك ومفاوض (إلا فى) عشر على ما فى الأشباه :

ضمن المودع لايرجع على المعالج ، ولو ضمن المعالج يرجع على المودع علم أنها للغير أولا إلا أن قال المودع ليست لى أو لم آمره بذلك فحينئذ لايرجع كذا فى جامع الفصولين (قوله المودع) بالفتح (قوله مجهلا) أما بتجهيل المالك فلا ضمان والقول للمودع بيمينه بلا شبهة قال الحانوتى : وهل من ذلك الزائد فى الرهن على قدر الدين اه ؟

أقول : الظاهر أنه منه لقولهم مايضمن به الوديعة يضمن به الرهن ، فإذا مات مجهلا يضمن مازاد وقد أفتيت به رملى ملخصا (قوله فإنه يضمن) قال فى مجمع الفتاوى المودع أوالمضارب أوالمستعير أو المستبضع ، وكل من كان المال بيده أمانة إذا مات قبل البيان ، ولم تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون دينا عليه فى تركته ، لأنه صار مستهلكا للوديعة بالتجهيل ، ومعنى موته مجهلا أن لايبين حال الأمانة كما فى الأشباه . وقد سئل الشيخ عمر بن نجيم عما لو قال المريض عندى ورقة فى الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا أعرف قدرها فمات ولم توجد فأجاب : بأنه من التجهيل لقوله فى البدائع هو أن يموت قبل البيان ولم تعرف الأمانة بعينها اه قال بعض الفضلاء وفيه تأمل فتأمل ملخصا (قوله إلا إذا علم) أى المجهل وإذا قال الوارث ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لم يصدق بلا بينة ولو برهن أن المودع قال فى حياته رددتها يقبل سائحانى (قوله عنده) أى عند المودع بالفتح وادعى المالك هلاكها والمقصود أن الوارث كالمودع بالفتح فيقبل قوله فى الهلاك إذا فسرها فهو مثله إلا أنه خالفه فى مسألة قال ربها مات المودع مجهلا وقال ورثته كانت قائمة يوم موته ومعروفة ثم هلكت بعد موته صدق ربها هو الصحيح(١) إذ الوديعة صارت دينا فى التركة فى الظاهر فلا يصدق الورثة ، ولو قال ورثته : ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لايصدقون بلا بينة لموته مجهلا ، فتقرر الضمان فى التركة ولو برهنوا أن المودع قال فى حياته رددتها تقبل إذ الثابت ببينة كالثابت بعيان جامع الفصولين عن الذخيرة (قوله إلا إذا الخ) استثناء من قوله والمودع إذا دل ضمن قال ط عن الخلاصة المودع إنما يضمن إذا دل السارق على الوديعة إذا لم يمنعه من الأخذ حال الأخذ فإن منعه لم يضمن (قوله منعه) أى المودع السارق فأخذ كرها فصولين (قوله سائر الأمانات) ومنها الرهن إذا مات المرتهن مجهلا يضمن قيمة الرهن فى تركته كما فى الأنقروى أى يضمن الزائد كما قدمناه عن الرملى ، وكذا الوكيل إذا مات مجهلا ماقبضه كما يؤخذ مما هنا وبه أفتى الحامدى بعد الخيرى ، وفى إجارة البزازية المستأجر يضمن بالموت مجهلا سائحانى (قوله بالموت) ويكون أسوة للغرماء بيرى على الأشباه (قوله ومفاوض) وكمرتهن أنقروى كذا فى الهامش (قوله على ما فى الأشباه) وعبارتها الوصى إذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما فى جامع الفصولين ، والأب إذا مات مجهلا مال ابنه ، والوارث إذا مات مجهلا ماأودع عند مورثه ، وإذا مات مجهلا لما ألقته الريح فى بيته أو لما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه ، وإذا مات الصبى مجهلا لما أودع عنده محجورا اه ملخصا فهى سبعة(٢) وذكر

---

(١) (قوله صدق ربها هو الصحيح) أى إذا لم تفسر الورثة الوديعة أما إذا فسروا فيصدقون ولا ضمان عليهم اه .

(٢) (قوله فهى سبعة) فيه أن الذى ذكره ستة فقط فليحرر ذلك بمراجعة الأشباه اه مصححه .

منها (ناظر أودع غلات الوقف ثم مات مجهلا) فلا يضمن قيد بالغلة لأن الناظر لو مات مجهلا لمال البدل ضمنه أشباه أى لثمن الأرض المستبدلة :

قلت : فلعين الوقف بالأولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه فى الزواهر وقيد موته بحثا بالفجأة فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها فكان مانعا لها ظلما فيضمن ورد ما بحثه فى أنفع الوسائل فتنبه .

(و) منها (قاض مات مجهلا لأموال اليتامى) زاد فى الأشباه عند من أودعها .ولا بد منه لأنه لو وضعها فى بيته ومات مجهلا ضمن لأنه مودع ، بخلاف ما لو أودع غيره لأن للقاضى ولاية إيداع مال اليتيم على المعتمد كما فى تنوير البصائر فليحفظ .

المصنف ثلاثة فهى عشرة (قوله أودع) عبارة الدرر قبض وهى أولى تأمل (قوله غلات الوقف) أقول : هكذا وقع مطلقا فى الولوالجية والبزازية وقيده قاضيان بمتولى المسجد إذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان اه :

أقول : أما إذا كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط فيضمن مطلقا ، بدليل اتفاق كلمتهم فيما إذا كانت الدار وقفا على أخوين غاب أحدهما وقبض الآخر غلتها تسع سنين ، ثم مات الحاضر وترك وصيا ثم حضر الغائب ، وطالب الوصى بنصيبه من الغلة قال الفقيه أبو جعفر : إذا كان الحاضر الذى قبض الغلة هو القيم إلا أن الأخوين(١) آجرا جميعا فكذلك ، وإن آجر الحاضر كانت الغلة كلها له فى الحكم ولا يطيب له اه كلامه .

أقول : ويلحق بغلة المسجد ما إذا شرط ترك شىء فى يد الناظر للعمارة والله تعالى أعلم بيرى على الأشباه قال الحقير وهذا مستفاد من قولهم غلات الوقف وما قبض فى يد الوكيل ليس غلة الوقف ؛ بل هو مال المستحقين بالشرط قال فى الأشباه من القول فى الملك ،وغلة الوقف يملكها الموقوف عليه وإن لم يقبل اه ملخصا من مجموعة منلا على آخر كتاب الوقف نقل ذلك حيث سئل عن وكيل المتولى إذا مات مجهلا هل يضمن .

قلت : وقد ذكر فى البحر فى باب دعوى الرجلين أن دعوى الغلة من قبيل دعوى الملك فراجعه ، وأشرنا إليه ثم فراجعه ، وبه علم أن إطلاق المصنف والشارح فى محل التقييد ويفيده عبارة أنفع الوسائل الآتية فتنبه (قوله المصنف) أى فى المنح (قوله ابنه) الشيخ صالح (قوله بالفجأة) لعدم تمكنه من البيان فلم يكن حابسا ظلما :

قلت : هذا مسلم لو مات فجأة عقب القبض تأمل (قوله فى أنفع الوسائل) من أنه إن حصل طلب المستحقين وأخر حتى مات مجهلا ضمن ، وإن لم يطلبوا فإن محمودا معروفا بالأمانة لا يضمن ، وإلا ولم يعطهم بلا مانع شرعى ضمن .

وحاصل الرد أنه مخالف لما عليه أهل المذهب من الضمان(٢) مطلقا محمودا أولا وأفتى فى الإسماعيلية بضمان الناظر إذا مات بعد ما طلب المستحق استحقاقه فمنعه منه ظلما ووجهه ظاهر لأن الأمانة تضمن بالمنع (قوله ومنها قاض) لو قال القاضى فى حياته ضاع مال اليتيم عندى أو قال أنفقتها على اليتيم لا ضمان عليه ولو مات قبل أن يقول شيئا كان ضامنا خالية فى الوقف كذا فى الهامش (قوله ضمن) لعل وجه الضمان كونها لا تتخطى الورثة

---

(١) (قوله هو القيم إلا أن الأخوين الخ) فيه سقط وأصله على هذا الوقف كان للغائب أن يرجع فى تركة الميت وأما إذا لم يكن الحاضر هو القيم إلا أن الخ اه .

(٢) (قوله من الضمان الخ) مبنى على كلام البيرى أى إطلاق ضمان غير المسجد وقد علمت خلافه اه

(و) منها (سلطان أودع بعض الغنيمة عند غاز ثم مات مجهلا) وليس منها مسألة أحد المتفاوضين على المعتمد لما نقله المصنف هنا وفى الشركة عن وقف الخانية أن الصواب أنه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلا وخلافه غلط .

قلت : وأقره محشوها فبقى المستثنى تسعة فليحفظ وزاد الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية على العشرة تسعة : الجد ووصيه ووصى القاضى وستة من المحجورين ، لأن الحجر يشمل سبعة فإنه لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته والمعتوه كصبى وإن بلغ ثم مات لايضمن إلا أن يشهدوا أنها كانت فى يده بعد بلوغه لزوال المانع وهو الصبا فإن كان الصبى والمعتوه مأذونا لهما ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا كذا فى شرح الجامع الوجيز قال فبلغ تسعة عشر ونظم عاطفا على بيتى الوهبانية بيتين وهى :

وكل أمين مات والعين يحصر ... وما وجدت عينا فدينا تصير
سوى متولى الوقف ثم مفاوض ... ومودع مال الغنم وهو المؤمر
وصاحب دار ألقت الريح مثل ما ... لو القاه ملاك بها ليس يشعر
كذا والد جد وقاض وصيهم ... جميعا ومحجور فوارث يسطر

(وكذا لو خلطها المودع) بجنسها أو بغيره (بماله) أومال آخر ابن كمال (بغير إذن) المالك

فالغرم بالغنم ، ويظهر من هذا أن الوصى إذا وضع مال اليتيم فى بيته ومات مجهلا يضمن لأن ولايته قد تكون مستمدة من القاضى أو الأب فضمانه بالأولى وفى الخيرية وفى الوصى قول بالضمان سائحانى (قوله وأقره) أى الصواب (قوله محشوها) أى الأشباه (قوله تسعة) بإخراج أحد المفاوضين (قوله ووصيه الخ) داخل فى قول الأشباه الوصى إلا أن يقال حمله على وصى الأب لبيان التفصيل قصدا للإيضاح تأمل (قوله وستة من المحجورين) وهم ما عدا الصغير وإنما أسقطه لأنه مذكور فى الأشباه ، ومراده الزيادة على ما فى الأشباه فافهم (قوله يشمل سبعة) لينظر الخارج من السبعة حتى صارت ستة (قوله فإنه لصغر)) مسألة الصغير من العشرة التى فى الأشباه إلا أن يقال عدها هنا باعتبار قوله وإن بلغ ، ثم مات لا يضمن تأمل ، ثم ظهر لى أن مراده مجرد عد المحجورين سبعة وأن مراده بستة منهم ما عد الصغير ، لأنه مذكور فى الأشباه، ولذا قال وستة من المحجورين (قوله ودين) بفتح الدال وسكون الياء (قوله كصبى) لعله قصد بهذا التشبيه الإشارة إلى ما يأتى عن الوجيز تأمل : قال فى تلخيص الجامع أودع صبيا محجورا يعقل ابن اثنى عشرة سنة ومات قبل بلوغه مجهلا لا يجب الضمان من (قوله وإن بلغ) أى الصبى (قوله يحصر) أى يحفظ مفعوله العين قبله (قوله تصير) بالبناء للمجهول (قوله مفاوض) خلاف المعتمد كما قدمه (قوله ومودع) بكسر الدال والمؤمر بتشديد الميم الثانية (قوله او ألقاه) بفتح الواو ووصلها باللام (قوله بها) أى بالدار (قوله يشعر) تبع فيه صاحب الأشباه حيث قال بغير علمه ، واعترضه الحموى بأن الصواب بغير أمره كما فى شرح الجامع إذ يستحيل تجهيل مالا يعلمه اه ، فكان عليه أن يقول فى النظم ليس يأمر (قوله كذا ولد) برفعه وتنوينه كجد (قوله وقاض) بحذف يائه وتنوينه (قوله وصيهم) برفعه (قوله ومحجور) إن كان المراد من المحجور ستة كما قدمه يكن الموجود فى النظم سبعة عشر تأمل (قوله فوارث) إذا مات مجهلا لما أخبره المورّث به من الوديعة (قوله وكذا لو خلطها) ولو خلط المتولى ماله بمال الوقف لم يضمن وفى الخلاصة ضمن وطريق خروجه من الضمان الصرف فى حاجة المسجد أو الدفع إلى الحاكم منتقى القاضى : لو خلط مال صبى بماله لم يضمن وكذا سمسار خلط مال رجل بمال آخر ، ولو بماله

(بحيث لا تتميز) إلا بكلفة كحنطة بشعير ودراهم جياد بزيوف مجتبى (ضمنها) لاستهلاكه بالخلط لكن لا يباح تناولها قبل أداء الضمان وصح الإبراء ولو خلطه برديء ضمنه لأنه عيبه وبعكسه شريك لعدمه مجتبى (وإن بإذنه اشتركا) شركة أملاك (كما لو اختلطت بغير صنعه) كأن انشق الكيس لعدم التعدى ولو خلطها غير المودع ضمن الخالط ولو صغيرا ولا يضمن أبوه خلاصة (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقى) خلطا لا يتميز معه (ضمن) الكل لخلط ماله بها فلو تأتى التميز أو أنفق ، ولم يرد أو أودع وديعتين فأنفق إحداهما ضمن ما أنفق فقط مجتبى وهذا إذا لم يضره التبعيض (وإذا تعدى عليها فلبس ثوبها أو ركب دابتها أو أخذ بعضها ثم) رد عينه إلى يده حتى (زال التعدى زال) ما يؤدى إلى (الضمان) إذا لم يكن من نيته العود إليه أشباه

ضمن ، وينبغى أن يكون المتولى كذلك ، ولا يضمن الوصى بموته مجهلا ولو خلط بماله ضمن يقول الحقير ، وقدمر نقلا عن المنتقى أيضا أن الوصى اوخلط ماله بمال اليتيم لم يضمن . وفى الوجيز أيضا قال أبو يوسف: إذا خلط الوصى مال اليتيم بماله فضاع لا يضمن نور العين أو آخر السادس والعشرين بخط السائحانى عن الخيرية وفى الوصى قول بالضمان اه : قلت : فأفاد أن المرجح عدمه .

والحاصل : أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولى والقاضى والسمسار بمال رجل آخر والوصى ، وينبغى أن الأب كذلك يؤيده ما فى جامع الفصولين لا يصير الأب غاصبا بأخذ مال ولده وله أخذه بلا شىء لو محتاجا وإلا فلو أخذه لحفظه ، فلا يضمن إلا إذا أتلفه بلا حاجة اه بل هو أولى من الوصى تأمل والمراد بقوله ولده الولد الصغير كما قيده فى الفصول العمادية (قوله لا تتميز) فلو كان يمكن الوصول إليه على وجه التيسير كخلط الجوز باللوز والدراهم السود بالبيض فإنه لا ينقطع حق المالك إجماعا . واستفيد منه أن المراد بعدم التميز عدمه على وجه التيسير لاعدم إمكانه مطلقا بحر (قوله لاستهلاكه) وإذا ضمنها ملكها ولا تباح له قبل أداء الضمان ولا سبيل للمالك عليها عند أبى حنيفة ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين بحر (قوله خلطه) أى الجيد (قوله شريك) نقل نحوه المصنف عن المجتبى ولعل ذلك(١) فى غير الوديعة أو قول مقابل لما سبق من أن الخلط فى الوديعة يوجب الضمان مطلقا إذا كان لا يتميز ط (قوله لعدمه) أى التعيب المفهوم من عيبه (قوله بغير صنعه) فإن هلك هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما كالمال المشترك بحر (قوله غير المودع) سواء كان أجنبيا أو من فى عياله بحر عن الخلاصة (قوله فرد مثله) ابن سماعة عن محمد فى رجل أودع رجلا ألف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بهبة أو شراء وردها إلى موضعها فضاعت لم يضمن : وروى عن محمد أو قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفا فردها على المودع فهلكت ضمن(٢) تاترخانية (قوله الكل) البعض بالإنفاق والبعض بالخلط س بحر (قوله التميز) أى كخلط الدراهم السود بالبيض أو الدراهم بالدنانير ، فإنه لا يقطع حق المالك بالإجماع مسكين س (قوله ولم يرد) بتشديد الدال (قوله أو أودع) بضم الهمزة (قوله وهذا) مرتبط بقوله أو أنفق ولم يرد كما فى البحر قال ط ولم أر فيما إذا فعل ذلك فيما يضره التبعيض هل يضمن الجميع أو ما أخذ ونقصان ما بقى فيحرر (قوله التبعيض) كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون (قوله أشباه)

---

(١) (قوله ولعل ذلك الخ) قال شيخنا : هو قولهما فى الوديعة وغيرها ، قالا إن الخلط موجب للشركة مالم يوجب عيبا فى الأمانة اه .

(٢) (قوله ضمن الخ) قال شيخنا وجهه أنه لما قضاها غريمه بأمر صاحبها صار مستقرضا لها وخرجت من ملك صاحبها وانتقل الحق إلى الذمة وبردها لا يعود الحق فيها اه .

من شروط النية (بخلاف المستعير والمستأجر) فلو أزالاه لم يبرءا لعملهما لأنفسهما بخلاف مودع ووكيل ببيع أوحفظ أو إجارة أو استئجار ومضارب ومستبضع وشريك عنان أو مفاوضة ومستعير لرهن أشباه .

والحاصل : أن الأمين إذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان إلا فى هذه العشرة لأن يده كيد المالك ولو كذبه في عوده للوفاق فالقول له وقيل للمودع عمادية (و) بخلاف (إقراره بعد جحوده) أى جحود الإيداع حتى لو ادعى هبة أو بيعا لم يضمن خلاصة وقيد بقوله (بعد طلب) ربها (ردها) فلو سأله عن حالها فجحدها فهلكت لم يضمن بحر .

وقيد بقوله (ونقلها من مكانها وقت الإنكار) أى حال جحوده لأنه لو لم ينقلها وقته فهلكت لم يضمن

عبارتها أن المودع إذا تعدى ثم زال التعدى ومن نيته أن يعود إليه لا يزول التعدى اهـ كذا فى الهامش (قوله من شروط النية) وذكره هنا فى البحر عن الظهيرية قال : حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان (قوله والمستأجر) مستأجر الدابة أو المستعير لو نوى أن لا يردها ثم ندم لو كان سائرا عند النية ضمن لو هلكت بعد النية ، أما لو كان واقفا إذا ترك نية الخلاف عاد أمينا جامع الفصولين (قوله فلو أزالاه) أى التعدى (قوله بخلاف مودع الخ) ولو مأمورا بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعملها ، ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ ضمن إذا عاد والأمر بالحفظ قد زال جامع الفصولين (قوله ووكيل) بأن استعمل ما وكل ببيعه ثم ترك وضاع لا يضمن (قوله أو إجارة) بأن وكله ليؤجر أو يستأجر له دابة فركبها ثم ترك (قوله أو مفاوضة) أما شريك الملك فإنه إذا تعدى ثم أزال التعدى لا يزول الضمان كما هو ظاهر لما تقرر أنه أجنبى فى حصة شريكه ، فلو أعار دابة الشركة فتعدى ثم أزال التعدى لا يزول الضمان ، ولو كانت فى نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم أزاله يزول الضمان ، وهى واقعة الفتوى سئلت عنها فأجبت بما ذكرت وإن لم أرها فى كلامهم للعلم بها مما ذكر إذ هو مودع فى هذه الحالة وأما استعمالها بلا إذن الشريك فهى مسألة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ويصير غاصبا رملى على المنح (قوله ومستعير لرهن) أى إذا استعار عبدا ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال مثل القيمة ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برئ عن الضمان حين رهنها منح ، وهذه المسألة مستثناة من قوله بخلاف المستعير كما فى البحر (قوله ثم أزال) أى التعدى (قوله فى عوده للوفاق الخ) عبارة نور العين(١) عن مجمع الفتاوى وكل أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق عاد أمينا كما كان إلا المستعير والمستأجر فإنهما بقيا ضامنين اهـ وهى أولى تدبر (قوله له) أى للمالك (قوله للمودع) بفتح الدال لأنه ينفى الضمان عنه (قوله هبة الخ) أى أنه وهبها منه أو باعها له (قوله بعد طلب) متعلق بجحوده (قوله ربها) أفاد فى الخانية : أن طلب امرأة الغائب وجيران اليتيم من الوصى لينفق عليه من ماله كذلك سائحانى ومثله فى التاترخانية (قوله وقت الإنكار) ظاهره أنه متعلق بنقلها وهو مستبعد الوقوع وعبارة الخلاصة : وفى غصب الأجناس إنما يضمن إذا نقلها عن موضعها الذى كانت فيه حال الجحود ، وإن لم ينقلها وهلكت لا يضمن اهـ وهو ظاهر وعليه فهو متعلق بقوله مكانها : وفى المنتقى : لو كانت العارية مما يحول يضمن بالإنكار وإن لم يحولها وذكر شيخنا عن الشرنبلالية أنه لو جحدها ضمن ولو لم تحول يؤيده قول البدائع

---

(١) (قوله عبارة نور العين الخ) محل هذه العبارة عند قول الشارح والحاصل أن الأمين الخ وقوله وهى أولى لأن قول الشارح ثم أزال التعدى فيه شىء لأنه بعد مضى الزمن الذى تحقق فيه يستحيل إزالته وأما قول صاحب مجمع الفتاوى ثم عاد إلى الوفاق لاشىء فيه فكان أولى اهـ .

خلاصة وقيد بقوله (وكانت) الوديعة (منقولا) لأن العقار لا يضمن بالجحود عندهما خلافا لمحمد فى الأصح غصب الزيلعى وقيد بقوله (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) فلوكان لم يضمن لأنه من باب الحفظ وقيد بقوله (ولم يحضرها بعد جحودها) لأنه لو جحدها ثم أحضرها فقال له ربها دعها وديعة فإن أمكنه أخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد وإلا ضمنها ، لأنه لم يتم الرد اختيار وقيد بقوله (لمالكها) لأنه لو جحدها لغيره لم يضمن ، لأنه من الحفظ فإذا تمت هذه الشروط لم يبرأ بإقراره إلا بعقد جديد ولم يوجد (ولو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن عليه قبل) وبرئ كما لو برهن أنه ردها قبل الجحود وقال غلطت فى الجحود أو نسيت أو ظننت أنى دفعتها) قبل برهانه ولو ادعى هلاكها قبل جحوده حلف المالك ما يعلم ذلك فإن حلف ضمنه وإن نكل برئ وكذا العارية منهاج ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم وإلا فيوم الإيداع عمادية بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن خانية (و) المودع (له السفر بها) ولو لها حمل درر (عند عدم نهى المالك و) عدم (الخوف عليها) بالإخراج فلو نهاه وأخاف فإن له بد من السفر ضمن وإلا فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا اختيار (ولو أودعا شيئا) مثليا أو قيميا

أن العقد ينفسخ بطلب المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ ، فبقى مال الغير فى يده بغير إذنه فيكون مضمونا فإذا هلك تقرر الضمان سائحانى .

وفى التتارخانية عن الخانية ذكر الناطفى إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخا للوديعة حتى لو نقلها المودع من المكان الذى كانت فيه حالة الجحود يضمن ، وإن لم ينقلها من ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن اهـ فتأمل (قوله خلاصة) لم يقتصر فى الخلاصة على هذا بل نقله عن غصب الأجناس ، ثم قال بعده وفى المنتقى : إذا كانت الوديعة والعارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها اهـ وذكر الرملى الظاهر أنه أى مافى الأجناس قول لم يظهر لأصحاب المتون صحته ، فلم ينظروا إليه فراجع المطولات يظهر لك ذلك (قوله لمالكها) أو وكيله كما فى التاترخانية (قوله ولو جحدها الخ) ولو قال : ليس له علىّ شىء ثم ادّعى الرد أو الهلاك يصدق ، ولو قال لم يستودعنى ، ثم ادّعى الرد أو الهلاك لا يصدق بحر ، وكأن وجه الأول أن علىّ للدين فلم يكن منكرا للوديعة تأمل .

وفى جامع الفصولين : طلبها ربها فقال اطلبها غدا فقال فى الغد : تلفت قبل قولى اطلبها غدا ضمن لتناقضه . لا بعده طلبها فقال : أعطيكها ثم قال : لم أعطكها ولكن تلفت ضمن ولم يصدق للتناقض ، ثم قال وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن (قوله كما لو برهن الخ) هكذا نقله فى الخانية والخلاصة : ونقل فى البحر عن الخلاصة أنه لا يصدق لكن فى عبارته سقط ، ويدل عليه أن الكلام فى البينة لا فى مجرد الدعوى ، حتى يقال لا يصدق ، وقد راجعت الخلاصة ، وكتبت السقط على هامش البحر فتنبه (قوله أنى دفعتها) بفتح همزة أنى وكسر نونها مشددة أى عند الإيداع (قوله إن علم) الأصوب علمت أى القسمة ونقل فى المنح قبله عن الخلاصة ضمان القيمة يوم الإيداع بدون تفصيل لكنه متابع فى النقل عن الخلاصة لصاحب البحر ، وفيما نقله سقط . فإن ما رأيته فى الخلاصة موافق لما فى العمادية فتنبه (قوله فيوم)) بنصبه مضافا للإيداع (قوله جحد) أى قال لرب المال لم تدفع إلىّ شيئا (قوله اشترى) يعنى بعد ما أقر ورجع عن الجحود بأن قال بلى قد دفعت إلىّ بخلاف ما لو أقر جحد الشراء ، فيضمن والمبتاع له منح عن الخانية (قوله فإن له) بتسكين النون (قوله وبأهله لا) وأجمعوا على أنه لو سافر بها فى البحر يضمن قاله الإسبيجابى كذا فى العينى مدنى (قوله مثليا أو قيميا) وخلافهما

(لم) يجز أن (يدفع المودع إلى أحدهما حظه فى غيبة صاحبه) ولو دفع هل يضمن فى الدرر نعم وفى البحر الاستحسان لا فكان هو المختار (فإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكيلى شراء (ولو دفعه) أحدهما (إلى صاحبه ضمن) الدافع (بخلاف مالا يقسم) لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر (ولو قال لا تدفع إلى عيالك أو احفظ فى هذا البيت فدفعها إلى مالا بد منه أو حفظها فى بيت آخر من الدار فإن كانت بيوت الدار مستوية فى الحفظ) أو أحرز (لم يضمن وإلا ضمن) لأن التقييد مفيد (ولا يضمن مودع المودع) فيضمن الأول فقط إن هلكت بعد مفارقته وإن قبلها لاضمان ولو قال المالك : هلكت عند الثانى وقال : بل ردها وهلكت عندى لم يصدق .

فى الأول قياس على الدين المشترك بحر (قوله لم يجز) قدره بناء على ما سيأتى من أنه لو دفع لم يضمن ، فلم يبق المراد بنفى الدفع إلا عدم الجواز ، وسيأتى ما فيه . وفى البحر : وأشار بقوله لم يدفع إلى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضى بدفع نصيبه إليه فى قول أبى حنيفة ، وأما أنه لو دفع لايكون قسمة اتفاقا حتى إذا هلك الباقى(١) رجع صاحبه على الآخذ بحصته وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها (قوله المودع) بفتح الدال (قوله إلى أحدهما) أى أحد المودعين بكسر الدال (قوله فى غيبة صاحبه) عند أبى حنيفة رحمه الله وهو مروى عن على رضى الله عنه وقالا له ذلك ، لأنه طلب نصيبه كما لو حضرا وبه قالت الثلاثة وإن كانت الوديعة من غير ذوات الأمثال ليس له ذلك إجماعا قاله العينى. وفى الدرر قيل الخلاف فى المثليات والقيميات معا والصحيح أنه فى المثليات فقط اهـ .

فتبين أن ما فى المتن والشرح غير الصحيح المجمع عليه شيخنا القاضى عبدالمنعم مدنى . قال الفقير محمدالبيطار : وأظن أن هذه القولة رجع عنها المؤلف لأنه شطب عليها شطبا لا يظهر جدا ، ورأيتنى أنى لا أكتبها لكن وقع فى قلبى شىء فأحببت كتابتها والتنبيه عليها فأعلمه بالمراجعة وفى الهامش وفى الدرر المنتقى لو دفع المودع إلى الحاضر نصفها . ثم هلك ما بقى وحضر الغائب قال أبو يوسف رحمة الله عليه : إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد وإن كان بغير قضاء ، فإن الذى حضر يتبع الدافع بنصف ما دفع ويرجع به الدافع على القابض وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض كذا فى الذخيرة فتاوى الهندية من الباب الثانى فى الوديعة فأفاد أن المودع لو دفع الكل لأحدهما بلا قضاء وضمنه الآخر حصته من ذلك، فله الرجوع بما ضمنه على القابض اهـ (قوله هو المختار) قال المقدسى : مخالف لما عليه الأئمة الأعيان بل غالب المتون عليه متفقون ، وقال الشيخ قاسم اختار النسفى قول الإمام والمحبوبى وصدر الشريعة أبو السعود عن الحموى (قوله ضمن الدافع) أى النصف فقط كما فى الإصلاح ، وقوله الدافع أى لا القابض ،لأنه مودع المودع بحر (قوله لا بد منه) أشار إلى أنه لا بد أن تكون الوديعة مما يحفظ فى يد من منعه ، حتى لو كانت فرسا منعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر منعه من دفعه إلى غلامه فدفع ضمن بحر (قوله وإلا ضمن) كما إذا كان ظهر البيت المنهى عنه إلى السكة بحر (قوله فقط) أى فى إيداع قصدى . قال فى جامع الفصولين : دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدى الثيابى قال ح ضمن لإيداع المودع وقال صط : لايضمن لأن الإيداع ضمنى وإنما يضمن بإيداع قصدى اهـ : ولو أودع بلا إذن ثم أجاز المالك خرج الأول من البين بحر عن الخلاصة (قوله لم يصدق) لأنه أقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى

---

(١) (قوله حتى إذا هلك الباقى الخ) وأما لو هلك ما فى يد الآخذ ليس له أن يشارك الغائب فيما بقى غاية البيان اهـ ط .

وفى الغصب منه يصدق لأنه أمين سراجية . وفى المجتبى القصار إذا غلط فدفع ثوب رجل لغيره فقطعه فكلاهما ضامن وعن محمد أصاب الوديعة شيء فأمر مودع رجلا ليعالجها فعطبت من ذلك فلربها تضمين من شاء لكن إن ضمن المعالج رجع عن الأول إن لم يعلم أنها لغيره وإلا لم يرجع اه (بخلاف مودع الغاصب) فيضمن أيا شاء وإذا ضمن المودع رجع على الغاصب وإن علم على الظاهر درر خلافا لما نقله القهستانى والباقانى والبرجندى وغيرهم فتنبه .
(معه ألف ادعى رجلان كل منهما أنه له أودعه إياه فنكل عن الحلف لهما فهو لهما وعليه ألف آخر بينهما) ولو حلف لأحدهما

البراءة فلا يصدق إلا ببينة جامع الفصولين (قوله وفى الغصب الخ) أى إذا غصبت من الوديع فادعى الوديع الرد يصدق إذ لم يفعل الوديع ما يوجب الضمان، فهو على ما كان أمين عند الرد وقبله بعده ، بخلاف دفعه للأجنبى لأنه موجب للضمان سائحانى .

[فرع] دفع إلى رجل ألف درهم وقال ادفعها إلى فلان بالرى فمات الدافع فدفع المودع المال إلى رجل ليدفعه إلى فلان بالرى فأخذ فى الطريق لا يضمن المودع لأنه وصى الميت(١) فلو كان الدافع حيا ضمن المودع ، لأنه وكيل إلا أن يكون الآخر فى عياله فلا يضمن حينئذ خانية برهن عليه أنه دفع إليه عشرة فقال دفعته إلىّ لأدفعه إلى فلان فدفعت يصح الدفع بزازية من الدعوى (قوله على الأول) فى جامع الفصولين : ولو ضمن المعالج رجع على المودع علم أنها للغير أولا إلا أن قال المودع ليست لى ولم أومر بذلك فحينئذ لا يرجع اه تأمل .

[فرع] ولو قال وضعتها بين يدىّ وقمت ونسيتها فضاعت يضمن ، ولو قال وضعتها بين يدى فى دارى والمسألة بحالها إن مما لا يحفظ فى عرصة الدار كسرة النقدين يضمن ، ولو كان مما تعد عرصتها حصنا له لا يضمن بزازية وخلاصة وفصولين وذخيرة وخانية ، وظاهره أنه يجب حفظ كل شيء فى حرز مثله تأمل لكن تقدم فى السرقة : أن ظاهر المذهب كل ما كان حرزا لنوع ، فهو حرز لكل الأنواع ، فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل تأمل : وقد يفرق بين الحرز فى السرقة والحرز فى الوديعة ، وذلك أن المعتبر فى قطع السارق بتلك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحرزات ، والمعتبر فى ضمان المودع التقصير فى الحفظ ألا ترى أنه لو وضعها فى داره الحصينة وخرج وكانت زوجته غير أمينة يضمن ، ولو أحد سرقها يقطع لأن الدار حرز ، وإنما ضمن للتقصير فى الحفظ ولو وضعها فى الدار وخرج والباب مفتوح ولم يكن فى الدار أحد أو فى الحمام أو المسجد أو الطريق أو نحو ذلك وغاب يضمن مع أنه لا يقطع سارقها ، ونظائر هذا كثيرة فإذا اعتبرنا هنا الحرز المعتبر فى السرقة لزم أن لا يضمن فى هذه المسائل ونحوها فيلزم مخالفة ما أطبقوا عليه فى هذا الباب ، فظهر يقينا صحة ما قلنا من الفرق والله أعلم وبه ظهر جواب حادثة : وهى أن مودعا وضع بقجة شال غالية الثمن فى إصطبل الخيل فسرقت والجواب أنه يضمن وإن قطع سارقها والله تعالى أعلم (قوله بخلاف مودع الغاصب) والفرق بينهما على قول أبى حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء (قوله درر) وجزم به فى البحر (قوله فنكل عن الحلف) صور هذه المسألة ستة أقر لهما نكل لهما حلف لهما أقر لأحدهما ونكل للآخر أو حلف لكل لأحدهما وحلف للآخر سائحانى (قوله ولو حلف الخ) أشار إلى أن المودع يحلف إذا أنكر الإيداع كما إذا ادّعى

---

(١) (قوله لأنه وصى الميت) قال شيخنا : صريحه أن الوكيل يصير وصيا بموت الموكل وإن لم يقل الموكل فى حياتى وبعد وفاتى وهو مخالف لما تقدم فى الوكالة من أنه لا يصير وصيا إلا بالمقالة المذكورة فليحرر هذا الفرع اه .

ونكل للآخر فالألف لمن نكل له (دفع إلى رجل ألفا وقال ادفعها اليوم إلى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن) إذ لايلزمه ذلك (كما لوقال احمل إلى الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم) وهلكت لم يضمن لأن الواجب عليه التخلية عمادية .

(قال) رب الوديعة (للمودع ادفع الوديعة إلى فلان فقال دفعت وكذبه) فى الدفع (فلان) وضاعت الوديعة (صدق المودع مع يمينه) لأنه أمين سراجية .

(قال) المودع ابتداء (لا أدرى كيف ذهبت لا يضمن على الأصح كما لو قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت) فإن القول قوله بخلاف قوله لا أدرى أضاعت أم لم تضع أو لا أدرى وضعتها أو دفنتها فى دارى أو موضع آخر فإنه يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه قال سرقت من المكان المدفون فيه لا يضمن وتمامه فى العمادية .

الرد أو الهلاك ، أما لنفى التهمة أو لإنكاره الضمان وإلى أنه لو حلف لا شىء عليه لهما وإلى أن للقاضى أن يبدأ بأيهما شاء والأولى القرعة ، وإلى أنه لو نكل للأول يحلف للثانى ، ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة بنفسه وتمامه فى البحر (قوله ونكل للآخر) فى التحليف للثانى يقول بالله ما هذه العين له ، ولا قيمتها لأنه لما أقر بها للأول ثبت له الحق فيها ، فلا يفيد إقراره فيها للثانى ، فلو اقتصر على الأول لكان صادقا بحر .

له على رجل دين فأرسل الدائن إلى مديونه رجلا ليقبضه فقال المديون دفعته إلى الرسول وقال دفعته إلى الدائن وأنكر الدائن فالقول قول الرسول(١) مع يمينه . والذى فى نور العين فالقول للمرسل بيمينه تأمل : قال الدائن ابعث الدين مع فلان فضاع من يد الرسول ضاع من المديون بزازية (قوله وضاعت) يعنى غابت ولم تظهر ولا حاجة إليه شيخنا (قوله على الأصح) مقتضاه أن الأجير المشترك لا يضمن : لكن أفتى الخير الرملى بالضمان وعزاه فى حاشية الفصولين إلى البزازية معللا بأنه تضييع فى زماننا تأمل (قوله بخلاف الخ) هذا مخالف لما فى جامع الفصولين ونور العين وغيرهما من أنه لا يضمن ، وهكذا رأيته فى نسخة المنح ، لكن لفظة لا ملحقة بين الأسطر وكأنها ساقطة من النسخ فنقلها الشارح هكذا فتنبه .

[فرع] فى الهامش وفى النوازل : مر بمال اليتيم على ظالم وخاف إن لم يهد إليه هدية أن يأخذه كله لا يضمن وكذا المضارب ، والمشايخ أخذوا بهذا القول أنقروى : وفى فتاوى النسفى : أنفق الوصى على باب القاضى يضمن الأعطى على وجه الرشوة لا على وجه الإجارة إذا لم يزد على أجر المثل أنقروى اه (قوله فإنه يضمن) قاضيخان قال : وضعتها فى دارى فنسيت المكان لا يضمن ، ولو قال وضعتها فى مكان حصين فنسيت الموضع ضمن ، لأنه جهل الأمانة كما لو مات مجهلا صح . وقيل لا يضمن كقوله ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت ، ولو قال دفنت فى دارى أو فى موضع آخر ضمن ، ولو لم يبين مكان الدفن ولكنه قال سرقت من مكان دفنت فيه لم يضمن ، ولو دفنها فى الأرض يبرأ لو جعل هنالك علامة وإلا فلا وفى المفازة ضمن مطلقا ، ولو دفنها فى الكرم يبرأ لو حصينا بأن كان له باب مغلق ، ولو وضعها بلا دفن برىء لو موضعا لا يدخل فيه أحد بلا إذن . توجهت اللصوص نحوه فى مفازة فدفنها حذرا فلما رجع لم يظفر بمحل دفنه لو أمكنه أن يجعل فيه علامة ، ولم يفعل ضمن وكذا

---

(١) (قوله فالقول قول الرسول) أى فى حق براءة نفسه لا فى براءة ذمة المديون إذ لو قبلنا قوله حتى فى براءة ذمة المديون لزم إيجاب دين على الدائن بمجرد قول الرسول لما أن الديون تقضى بأمثالها وقوله فالقول للمرسل أى فى بقاء دينه على الدائن ومثل هذا كثير فى الفروع اه .

[فروع] هدد المودع أو الوصى على دفع بعض المال إن خاف تلف نفسه أو عضوه فدفع لم يضمن ، وإن خاف الحبس أو القيد ضمن ، وإن خشى أخذ ماله كله فهو عذر كما لو كان الجابر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان عمادية ،

خيف على الوديعة الفساد رفع الأمر للحاكم ليبيعه ولو لم يرفع حتى فسد فلا ضمان ، ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع .

قرأ من مصحف الوديعة أو الرهن فهلك حالة القراءة لاضمان لأن له ولاية هذا التصرف صيرفية قال وكذا لو وضع السراج على المنارة وفيها أودع صكا وعرف أداء بعض الحق ومات الطالب وأنكر الوارث الأداء حبس المودع الصك أبدا . وفى الأشباه لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين .

ليس للسيد أخذ وديعة العبد :

العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصى(١) والناظر إذا عملا :

قلت : فعلم منه أن لا أجر للناظر فى المسقف إذا أحيل عليه المستحقون فليحفظوا في الوهبانية :

ودافع ألف مقرضا ومقارضا ... وربح القراض الشرط جاز ويحذر
وأن يدعى ذو المال قرضا وخصمه ... قراضا فرب المال قد قيل أحدر
وفى العكس بعد الربح فالقول قوله ... كذلك فى الإبضاع ما يتغير
وإن قال قدضاعت من البيت وحدها ... يصح ويستحلف فقد يتصور
أو تارك فى قوم لأمر صحيفة ... فراحوا وراحت يضمن المتأخر

لو أمكنه العود قريبا بعد زوال الخوف فلم يعد ثم جاء ولم يجدها لا او دفنها بإذن ربها فظاهر(٢) وضعها فى زمان القنية فى بيت خراب ضمن لو وضعها على الأرض لا لو دفنها نور العين (قوله ماله كله) أما لو خاف أخذ ماله ويبقى قدر الكفاية يضمن فصولين (قوله ولو أنفق الخ) ولو لم ينفق عليها المودع بالفتح حتى هلكت يضمن ، لكن نفقتها على المودع بالكسر منلا على حاوى الزاهدى (قوله على المنارة) فيما لو كانت المنارة وديعة (قوله أبدا) أى ما لم يقر الوارث بالأداء (قوله إلى الوارث) ظاهره سواء كان الدين مستغرقا لما دفعه أولا ، وسواء كان الدين مستغرقا أولا ، والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقا لما دفعه والوارث غيره مؤتمن كما قيده بهما في المودع إذا دفع الوديعة للوارث حموى (قوله وديعة العبد) تاجرا كان أو محجورا عليه دين أولا وهذا إن لم يعلم أن الوديعة كسب العبد ، فلو علم فله أخذها وكذا لو علم أنها للمولى تاترخانية (قوله قلت) القول لصاحب الأشباه قاله فى الهامش (قوله مقرضا) أى لصفه (قوله ومقارضا) أى مضاربا نصفه كذا فى الهامش (قوله وربح) مضبوط بالقلم(٣) بفتح الراء (قوله قراضا) أى مضاربة كذا فى الهامش (قوله فالقول قوله) أى قول رب المال. قال في الهامش: وإذا أقاما البينة فالبينة بينة العامل وإن هلك المال فى يد المضارب بعد ما اختلفا فالعامل ضامن جميع ما فى يده لرب المال عمل أو لم يعمل شرح وهبانية لابن الشحنة (قوله يضمن المتأخر) مفهومه

---

(١) (قول الشارح إلا الوصى الخ) أى وصى القاضى وقد نصبه بأجر وأما وصى الميت فلا يستحق الأجر كما فى الأشباه من الجمع والفرق فى الكلام على أجر المثل وقد علل الولوالجى عدم صحة الأجر له ولو جعله المعوق له لينفذ له وصاياه بأنه بقبول الوصية صار العمل واجبا عليه والاستئجار على هذا لايجوز اه ط .

(٢) (قوله فظاهر) هكذا فى النسخة المجموع منها ولعل صوابه فضاعت تأمل اه مصححه .

(٣) (قوله مضبوط بالقلم الخ) فيه توقف فليتأمل اه .

وتارك نشر الصوف صيفا فعث له　　يضمن وقرض الفار بالعكس يؤثر
إذا لم يسد الثقب من بعد عامه　　ولم يعلم الملاك ما هى تقرر

قلت : بقى لو سده مرة ففتحه الفار وأفسده لم يذكر وينبغى تفصيله كما مر فتدبر :

كتاب العارية

أخرها عن الوديعة لأن فيها تمليكا وإن اشتركا فى الأمانة ومحاسنها النيابة عن الله تعالى فى إجابة المضطر لأنها لا تكون إلا لمحتاج كالقرض فلذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (هى) لغة مشددة وتخفف إعارة

أنهم إذا قاموا جملة ضمنوا وبه صرح قاضيخان ، ويظهر لى أن كل ما لا يقسم كذلك سائحانى قال فى الهامش : ولو ترك واحد لقوم وديعة وقام الكل دفعة وتركوها ولم يأخذها واحد منهم ضمنها الكل ابن الشحنة (قوله فعث) بالمثلثة (قوله ولم يعلم الخ) الواو بمعنى أو وبضم ياء يعلم كذا فى الهامش (قوله وينبغى) البحث للطرسوسى حيث قال : وينبغى أن يكون فيها التفصيل ، لأن الأمر دائر بين الإعلام للمودع أو السد بدونه ، وهو موجود وارتضاه ابن الشحنة وأقره الشرنبلالى :

[فروع] ربطها فى طرف كمه أو عمامته أو شدها فى منديل ، ووضعه فى كمه أو ألقاها فى جيبه ، ولم تقع فيه وهو يظن أنها وقعت فيه لا يضمن :

خرج وترك الباب مفتوحا ضمن لو لم يكن فى الدار أحد ولم يكن فى مكان يسمع حس الداخل :

جعلها فى الكرم فلو له حائط بحيث لا يرى المارة ما فى الكرم لا يضمن إذا أغلق الباب وإلا ضمن :

سوقى قام إلى الصلاة وفيه ودائع (١) لم يضمن إذ جيرانه يحفظونه وليس بإيداع المودع لكنه مودع لم يضيع وذكر الشارح (٢) ما يدل على الضمان فليتأمل عند الفتوى جامع الفصولين . وفى البزازية : والحاصل أن العبرة للعرف اه :

غاب رب الوديعة ولا يدرى أهو حى أم ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها بخلاف اللقطة وإن أنفق عليها بلا أمر القاضى فهو متطوع ، ويسأله القاضى البينة على كونها وديعة عنده ، وعلى كون المالك غائبا فإن برهن ، فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به أو لا يأمره بالإنفاق يوما أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لا أكثر ، بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن ، وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر لكن فى الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة . وفى العبد بالزيادة على القيمة بالغة ما بلغت ، ولو اجتمع من ألبانها شىء كثير أو كانت أرضا فأثمرت وخاف فساده فباعه لأمر القاضى فلو فى المصر أو فى موضع يتوصل إلى القاضى قبل أن يفسد ذلك ضمن تاترخانية من العاشر فى المتفرقات :

[تتمة] : فى ضمان المودع بالكسر فى قاضيخان مودع جعل فى ثياب الوديعة ثوبا لنفسه فدفعها إلى ربها ونسى ثوبه فيها فضاع عنده ضمنه ، لأنه أخذ ثوب الغير بلا إذنه والجهل فيه لا يكون عذرا قال فى نور العين ينبغى أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده وإلا فلا سبب للضمان أصلا ، فالظاهر أن قوله والجهل فيه لا يكون عذرا ليس على إطلاقه والله أعلم اه ملخصا :

كتاب العارية

(قوله مشددة) كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب صحاح ورده فى النهاية بأنه صلى الله عليه وسلم

---

(١) (قوله وفيه ودائع) هكذا فى الأصل ، ولعله عنده ودائع وفى حانوته مثلا وليحرر اه مصححه .

(٢) (قوله وذكر الشارح الخ) صوابه وذكر صش وهو رمز للصدر الشهيد تأمل اه .

الشيء قاموس : وشرعا (تمليك المنافع مجانا) أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلا وحكمها كونها أمانة ، وشرطها : قابلية المستعار للانتفاع وخلوها عن شرط العوض ، لأنها تصير إجارة وصرح فى العمادية بجواز إعارة المشاع وإيداعه وبيعه يعنى ، لأن جهالة العين لاتفضى للجهالة لعدم لزومها وقالوا علف الدابة على المستعير وكذا نفقة العبد أما كسوته فعلى المعير وهذا إذا طلب الاستعارة فلو قال المولى خذه واستخدمه من غير أن يستعيره فنفقته على المولى أيضا لأنه وديعة .

(وتصح بأعرتك) لأنه صريح (وأطعمتك أرضى) أى غلتها لأنه صريح مجازا من إطلاق اسم المحل على الحال (ومنحتك) بمعنى أعطيتك (ثوبى أو جاريتى هذه وحملتك على دابتى هذه إذا لم يرد به) بمنحتك وحملتك (الهبة) لأنه صريح فيفيد العارية بلانية

باشر الاستعارة فلو كان العار فى طلبها لما باشرها وقوله على ما فى المغرب(١) من أنها اسم من الإعارة وأخذها من العار العيب خطأ اه وفى المبسوط من التعاور ، وهو التناوب كما فى البحر وتخفف قال الجوهرى : منسوبة إلى العار ورده الراغب بأن العار يائى والعارية واوى ، وفى المبسوط إنها من العرية تمليك الثمار بلا عوض ورده المطرزى لأنه يقال استعاره منه فأعاره واستعاره الشيء على حذف من الصواب أن المنسوب إليه العارة اسم من الإعارة ويجوز أن تكون من التعاور التناوب قهستانى ملخصا (قوله تمليك) فيه رد على الكرخى القائل : بأنها إباحة وليست بتمليك ، ويشهد له انعقادها بلفظ التمليك ، وجواز أن يعير مالا يختلف بالمستعمل ، والمباح له لايبيح لغيره وانعقادها بلفظ الإباحة لأنه استعير للتمليك بحر (قوله ولو فعلا) أى كالتعاطى فى القهستانى وهذا مبالغة على القبول ، وأما الإيجاب فلا يصح به ، وعليه يتفرع ماسيأتى قريبا من قول المولى خذه واستخدمه . والظاهر أن هذا هو المراد بما نقل عن الهندية ، وركنها الإيجاب من المعير ، وأما القبول من المستعير ، فليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة اه أى القبول صريحا غير شرط بخلاف الإيجاب ، ولهذا قال فى التاترخانية إن الإعارة لاتثبت بالسكوت اه وإلا لزم أن لايكون أخذها قبولا (قوله بجواز إعارة المشاع) إعارة الجزء الشائع تصح كيفما كان فى التى تحتمل القسمة أو لاتحتملها من شريك أو أجنبى وكذا إعارة الشيء من اثنين أجمل أو فصل بالتنصيف أو بالإثلاث قنية (قوله وبيعه) وكذا إقراضه كما مر ، وكذا إيجاره من الشريك لا الأجنبى وكذا وقفه عند أبى يوسف خلافا لمحمد فيما يحتمل القسمة وإلا فجائز وتمامه فى أوائل هبة البحر فراجعه (قوله لأن جهالة الخ) أفاد أن الجهالة لاتفسدها قال فى البحر : والمراد بالجهالة جهالة المنافع المملكة لاجهالة العين المستعارة بدليل مافى الخلاصة لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل : لى حماران فى الاصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ أحدهما وذهب به يضمن إذا هلك ، ولو قال خذ أحدهما أيهما شئت لايضمن (قوله للجهالة) وفى بعض النسخ للمنازعة (قوله لأنه وديعة) أى أباح له بها الانتفاع (قوله لأنه صريح) أى حقيقة قال قاضى زاده الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة غير المهجورة والمجاز المتعارف اه : فالأول أعرتك والثانى أطعمتك أرضى ط (قوله لأنه صريح) هذا ظاهر فى منحتك ، أما حملتك فقال الزيلعى إنه مستعمل

---

(١) (قوله وقوله على ما فى المغرب الخ) لم يظهر لى مرجع الضمير على أن العبارة كلها لاتخلو عن نظر فالأوضح عبارة المصباح ونصه بعد أن قال : وتعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه والعارية من ذلك والأصل فعليه بفتح العين . قال الأزهرى نسبة إلى العارة وهى اسم من الإعارة يقال أعرته الشيء إعارة وعارة مثل أطعته إطاعة وطاعة وأجبته إجابة وجابة ، وقال الليث : سميت عارية لأنها عار على طالبها ، وقال الجوهرى مثله وبعضهم يقول مأخوذ من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها وهما غلط لأن العارية من الواو لأن العرب يقولون هم يتعاورون العوارى ويتعورونها بالواو إذا عار بعضهم بعضا والعار وعار الفرس من الياء ، فالصحيح ما قال الأزهرى وقد تخفف العارية فى الشعر والجمع العوارى بالتخفيف وبالتشديد على الأصل انتهت عبارته اه مصححه .

والهبة بها أى مجازا (وأخدمتك عبدى) وآجرتك دارى شهرا مجانا (ودارى) مبتدأ (لك) خبر (سكنى) تمييز أى بطريق السكنى (و) دارى لك (عمرى) مفعول مطلق أى أعمرتها لك عمرى (سكنى) تمييزه يعنى جعلت سكناها لك مدة عمرك (و) لعدم لزومها (يرجع المعير متى شاء) ولوموقتة أو فيه ضرر فتبطل وتبقى العين بأجر المثل كمن استعار أمة لترضع ولده وصار لايأخذ إلا ثديها فله أجر المثل إلى الفطام وتمامه فى الأشباه وفيها معزيا للقنية تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشترى رفعها وقيل نعم إلا إذا شرطه وقت البيع :

قلت : وبالقيل جزم فى الخلاصة والبزازية وغيرهما واعتمده محشيها فى تنوير البصائر ولم يتعقبه ابن المصنف فكأنه ارتضاه فليحفظ (ولا تضمن

فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى ، فإذا نوى أحدهما صحت نيته وإن لم تكن له نية حمل على الأدنى كى لايلزمه الأعلى بالشك اه وهذا يدل على أنه من المشترك بينهما لكن إنما أريد به العارية عند التجرد عن النية لئلا يلزمه الأعلى بالشك ط وانظر ماكتبناه على البحر عن الكفاية ففيه الكفاية (قوله بها) أى بالنية (قوله شهرا) فلو لم يقل شهرا لايكون إعارة بحر عن الخانية أى بل إجارة فاسدة ، وقد قيل بخلافه تاترخانية ، وينبغى هذا لأنه إذا لم يصرح بالمدة، ولا بالعوض فأولى أن يكون إعارة من جعله إعارة مع التصريح بالمدة دون العوض شيخنا . ونقل الرملى فى حاشية البحر عن إجارة البزازية لاتنعقد الإعارة بالإجارة ، حتى لو قال آجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لاعارية اه قال فتأمله مع هذا (قوله مجانا) أى بلا عوض (قوله مدة عمرك) هذا وجه آخر ذكره القهستانى وهو كون عمرى ظرفا (قوله ولو مؤقتة) ولكن يكره قبل تمام الوقت ، لأن فيه خلف الوعد ابن كمال .

أقول : من هنا تعلم أن خلف الوعد مكروه لاحرام وفى الذخيرة يكره تنزيها لأنه خاف الوعد ويستحب الوفاء بالعهد سائحانى (قوله فتبطل) أى بالرجوع (قوله فله أجر المثل) أى للمعير والأولى فعليه أى على المستعير (قوله للقنية) لم أجده فى القنية فى هذا المحل (قوله وقت البيع) أى إلا إذا شرط البائع وقت البيع بقاء الجذوع والوارث فى هذا بمنزلة المشترى إلا أن للوارث أن يأمره برفع البناء على كل حال كما فى الهندية . ومنه يعلم أن من أذن لأحد ورثته ببناء محل فى داره ثم مات فلباقى الورثة مطالبته برفعه إن لم تقع القسمة أو لم يخرج فى قسمه .

وفى جامع الفصولين : استعار دارا فبنى فيها بلا أمر المالك أو قال له ابن لنفسك ثم باع الدار بحقوقها يؤمر البانى بهدم بنائه ، وإذا فرط فى الرد بعد الطلب مع التمكن منه ضمن سائحانى . قال فى الهامش : وسيأتى مسألة من بنى فى دار زوجته فى شتى الوصايا وفيه زيادة مسألة السرداب على الجذوع فقال رجل : وضع جذوعه على حائط جاره بإذن الجار أو حفر سردابا فى داره بإذن الجار ثم باع الجار داره وأراد المشترى أن يرفع جذوعه وسردابه كان للمشترى ذلك إلا إذا كان البائع شرط فى البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار ، فحينئذ لايكون للمشترى أن يطالبه برفع ذلك وتمامه فى الخانية فى فصل مايتضرر به الجار اه (قوله وبالقيل الخ) وأفتى به فى الخيرية كذا فى الهامش (قوله فى الخلاصة) وكذا فى الخانية كما قدمنا عبارته قبيل دعوى النسب (قوله ولاتضمن) هذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير فإن ظهر استحقاقها ضمنها، ولا رجوع له على المعير لأنه متبرع ، وللمستحق أن يضمن المعير ، وإذا ضمنه لارجوع له على المستعير ، بخلاف المودع إذا ضمنها للمستحق ، حيث يرجع على

بالهلاك من غير تعد) وشرط الضمان باطل كشرط عدمه فى الرهن خلافا للجوهرة (ولا تؤجر ولا ترهن) لأن الشيء لايتضمن ما فوقه (كالوديعة) فإنها لاتؤجر ولا ترهن بل ولاتودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار ، وأما المستأجر فيؤاجر ويودع ويعار ولا يرهن ، وأما الرهن فكالوديعة ،

وفى الوهبانية نظم تسع مسائل لا يملك فيها تمليكا لغيره بدون إذن سواء قبض أولا فقال :

ومالك أمر لا يملكه بدو	ن أمر وكيل مستعير ومؤجر
ركوبا ولبسا فيهما ومضارب	ومرتهن أيضا وقاض يؤمر
ومستودع مستبضع ومزارع	إذا لم يكن من عنده البذر يبذر
قلت والعاشرة: وما للمساق أن يساق غيره	وإن أذن المولى له ليس ينكر

(فإن آجر) المستعير (أو رهن فهلكت ضمنه المعير) للتعدى (ولا رجوع له) للمستعير (على أحد) لأنه بالضمان ظهر أنه آجر ملك نفسه ويتصدق بالأجرة خلافا للثانى (أو) ضمن (المستأجر) سكت عن المرتهن ه

المودع لأنه عامل له بحر (قوله بالهلاك) هذا إذا كانت مطلقة فلو مقيدة كأن يعيره يوما فلو لم يردها بعد مضيه ضمن إذا هلكت كما فى شرح المجمع وهو المختار كما فى العمادية اهـ قال فى الشرنبلالية : سواء استعملها بعد الوقت أولا وذكر صاحب المحيط وشيخ الإسلام : إنما يضمن إذا انتفع بعد مضى الوقت لأنه حينئذ يصير غاصبا أبو السعود (قوله للجوهرة) حيث جزم فيها بصيرورتها مضمونة بشرط الضمان ، ولم يقل فى رواية مع أن فيها روايتين كما يؤخذ من عبارة الزيلعى س (قوله على المختار) فإنها تعار أشباه قال محشيها : إذا كان مما لا يختلف بالاستعمال كالسكنى والحمل والزراعة وإن شرط أن ينتفع هو بنفسه ، لأن التقييد بما لا يختلف غير مفيد كما فى شروح المجمع س وفى البحر وله يعنى المستعير أن يودع على المفتى به ، وهو المختار وصحح بعضهم عدمه ويتفرع عليه مالو أرسلها على يد أجنبى فهلكت ضمن على الثانى لا الأول وسيأتى قريبا اهـ (قوله وأما المستأجر) فى وديعة البحر عن الخلاصة والوديعة لاتودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، والمستأجر يؤاجر ويعار ويودع ولم يذكر حكم الرهن ، وينبغى الخ وفى قول الخلاصة : وينبغى الخ كلام كتبناه فى هامش البحر (قوله ويودع) لكن الأجير المشترك يضمن بإيداع ما تحت يده لقول الفصولين ولو أودع الدلال ضمن سائحانى (قوله لايملكه) بتشديد اللام وابتداء البيت الثانى من نون دون (قوله ومؤجر) بفتح الجيم (قوله فيهما) أى الإعارة والإجارة وهذا لو قيد بلبسه ركوبه ، وإلا فقد مر ويأتى أنه يعير مايختلف لو لم يقيد بلابس وراكب سائحانى : الوكيل لايوكل والمستعير للبس أو ركوب ليس له أن يعير لمن يختلف استعماله والمستأجر ليس له أن يؤجر لغيره مركوبا كان أو ملبوسا إلا بإذن (قوله ومستودع) بفتح الدال (قوله ضمنه المعير) بتشديد ميم ضمنه مبنيا للفاعل والمعير فاعل والضمير فى ضمنه راجع للمستعير (قوله على أحد) عبارة مسكين على المستأجر وهكذا أقره القهستانى ، وقال : فلا فائدة فى النكرة العامة قال أبو السعود: وتعقبه شيخنا بأن سلب الفائدة ممنوع لجواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهنا بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتهن (قوله المستأجر) مفعول ضمن هكذا مضبوط بالقلم (قوله عن المرتهن) قال فى الشرنبلالية وسكت عما لو ضمن المرتهن ، فينظر حكمه قال شيخنا حكم المرتهن فى هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره نوح أفندى ، لأنه قبض مال الغير بلا إذنه ورضاه فيكون للمعير تضمينه وبأداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ، ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لما علمت من كوله غاصبا ويرجع بدينه اهـ وتقييده بقوله : ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتهنا فإنه يرجع على

وفى شرح الوهبانية : الخامسة لا يملك المرتهن أن يرهن فيضمن وللمالك الخيار ويرجع الثانى على الأول (ورجع) المستأجر (على المستعير إذا لم يعلم بأنه عارية فى يده) دفعا لضرر الغرز (وله أن يعير ما اختلف استعماله أولا إن لم يعين) المعير (منتفعا و) يعير (ما لا يختلف إن عين) وإن اختلف لا للتفاوت وعزاه فى زواهر الجواهر للاختيار (ومثله) أى كالمعار (المؤجر) وهذا عند عدم النهى فلو قال لاتدفع لغيرك فدفع فهلك ضمن مطلقا خلاصة (فمن استعار دابة أو استأجرها مطلقا) بلا تقييد (يحمل) ما شاء (ويعير له) للحمل (ويركب) عملا بالإطلاق (وأيا فعل) أولا (تعين) مرادا (وضمن بغيره) إن عطبت حتى لوألبس أو أركب غيره لم يركب بنفسه بعده هو الصحيح كافى (وإن أطلق) المعير أو المؤجر (الانتفاع فى الوقت والنوع انتفع ما شاء أى وقت شاء) لما مر (وإن قيده) بوقت أو نوع أو بهما (ضمن بالخلاف إلى شر فقط) لا إلى مثل أو خير (وكذا تقييد

الأول أبو السعود وهذا ماذكره الشارح بقوله : وفى شرح الوهبانية الخ فليس بيانا لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه بل بيان لفائدة أخرى تأمل (قوله وفى شرح الخ) ظاهره أنه بيان لما سكت عنه المصنف مع أنه ليس من قبيله ، لأن الكلام فى المستعير إذا آجر أو رهن (قوله أن يرهن) أى بدون إذن الراهن شرح وهبانية كذا فى الهامش (قوله ويرجع الثانى) أى إن ضمن وإن ضمن الأول لايرجع على أحد ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله إن لم يعين) أى بأن نص على الإطلاق كما سنذكره قريبا كما لو استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس له أن يعيرهما ، ويكون ذلك تعيينا للراكب واللابس ، فإن ركب هو بعد ذلك قال الإمام على البزدوى يكون ضامنا وقال السرخسى وخواهر زاده : لايضمن كذا فى فتاوى قاضيخان وصحح الأول فى الكافى بحر وسيأتى (قوله وإن اختلف) أى إن عين منتفعا واختلف استعماله لايعير للتفاوت ، قالوا الركوب واللبس مما اختلف استعماله والحمل على الدابة ، والاستخدام ، والسكنى مما لايختلف استعماله أبو الطيب مدنى (قوله المؤجر) بالفتح أى إذا آجر شيئا فإن لم يعين من ينتفع به فللمستأجر أن يعيره سواء اختلف استعماله أولا وإن عين يعير مالا يختلف استعماله لا مااختلف منح (قوله أو استأجرها) فله الحمل فى أى وقت وأى نوع شاء باقانى كذا فى الهامش (قوله مطلقا) أقول الظاهر أنه أراد بالإطلاق عدم التقييد بمنتفع معين ، لأنه سيذكر الإطلاق فى الوقت والنوع وإلا لزم التكرار تأمل (قوله بلا تقييد) قال فى التبيين : ينبغى أن يحمل هذا الإطلاق الذى ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ماإذا قال على أن أركب عليها من أشاء كما حمل الإطلاق الذى ذكره فى الإجارة على هذا اه وأقره فى الشرنبلالية فما أوهمه قول المؤلف بلا تقييد بالنظر لما يختلف لايتم ط :

قلت : فعلى هذا يحمل قول المصنف سابقا إن لم يعين بالنسبة للمختلف على ماإذا نص على الإطلاق لاعلى مايشمل السكوت ، لكن فى الهداية لو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل ويركب غيره الخ فراجعها (قوله يحمل ماشاء) أى من أى نوع كان لا الحمل فوق طاقتها كما لو سلك طريقا لايسلكه الناس فى حاجة إلى ذلك المكان ضمن إذ مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف ، وليس من المتعارف الحمل فوق طاقتها ، والتنظير فى ذلك والتعليل فى جامع الفصولين ، وسيأتى فى الإجارة مثله فى المتن كذا فى الهامش (قوله ويركب) بفتح أوله وضمه سائحانى (قوله أولا) بفتح الهمزة وتشديد الواو (قوله بغيره) أى فيما يختلف بالمستعمل كما يفيده السياق واللحاق سائحانى ، وقدمنا عن الزيلعى أنه ينبغى تقييد عدم الضمان فيما يختلف بما إذا أطلق الانتفاع فافهم (قوله التفع) فلو لم يسم موضعا ليس له إخراجها من الفصولين (قوله أو بهما) فتتقيد من حيث الوقت كيفما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل ، وفيما لايختلف لاتتقيد لعدم الفائدة كما مر ، ولم يذكر

الإجارة بنوع أو قدر) مثل العارية (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود والمتقارب) عندالإطلاق (قرض) ضرورة استهلاك عينها (فيضمن) المستعير (بهلا كها قبل الانتفاع) لأنه قرض حتى لو استعارها ليعير الميزان أو يزين الدكان كان عارية ولو أعار قصعة ثريد فقرض ولو بينهما مباسطة فإباحة وتصح عارية السهم ولا يضمن لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك صيرفية (ولو أعار أرضا للبناء والغرس صح) للعلم بالمنفعة (وله أن يرجع متى شاء) لما تقرر أنها غير لازمة (ويكلفه قلعهما إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض فيتركان بالقيمة مقلوعين) لئلا تتلف أرضه (وإن وقت) العارية (فرجع قبله) كلفه قلعهما (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص) البناء والغرس (بالقلع)

التقييد بالمكان لكن أشار إليه الشارح فى الآخر : وذكره المصنف قبل قوله ولا تؤجر فقال : استعار دابة ليركبها فى حاجة إلى ناحية سماها فأخرجها إلى النهر ليسقيها فى غير تلك الناحية ضمن إذا هلكت ، وكذا إذا استعار ثورا ليكرب أرضه فكرب أرضا أخرى يضمن ، وكذا إذا قرنه بثور أعلى منه لم تجر العادة به : وفى البدائع : اختلفا فى الأيام أو المكان أو مايحمل فالقول للمعير بيمينه سائحانى . استعارها شهرا فهو على المصر وكذا فى إعارة خادم وإجارته وموصى له بخدمته فصولين (قوله قرض) أى إقراض لأن العارية بمعنى الإعارة كما مر وهى التمليك وتمامه فى العزمية (قوله حتى الخ) تفريع على مفهوم قوله عند الاطلاق (قوله ليعير) بتشديد الياء الثانية الأصل عاير والجوهرى نهى أن يقال عير يعقوبية (قوله أو يزين) بتشديد الياء الثانية (قوله كان عارية) لأنه عين الانتفاع وإنما تكون قرضا عند الإطلاق كما تقدم (قوله فقرض) فعليه مثلها أو قيمتها منح (قوله وتصح عارية السهم) أى ليغزو دار الحرب لأنه يمكن الانتفاع به فى الحال وإنه يحتمل عوده إليه برمى الكفرة بعد ذلك منح عن الصيرفية ، ونقل عنها قبل هذا أنه إن استعار سهما ليغزو دار الحرب لا يصح ، وإن استعار ليرمى الهدف صح فإنه فى الأول لايمكن الانتفاع بعين السهم إلا بالاستهلاك وكل عارية كذلك تكون قرضا لا عارية اه (قوله ولا يضمن) عبارة الصيرفية كما فى المنح قال هو يصح عارية السلاح ، وذكر فى السهم أنه يضمن كالقرض ، لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك وهذه النسخة التى نقلت منها نسخة مصححة عليها خطوط بعض العلماء ، وكان فى الأصل مكتوبا لايضمن فحك منها لفظة لا ويدل عليه تنظيره بقوله : كالقرض ولكن كان الظاهر على هذا أن يقال فى التعليل لأن الرمى يجرى مجرى الاستهلاك ، فتعبيره بالهلاك يقتضى عدم الضمان فتأمل وراجع (قوله للعلم) تأمل فى هذا التعليل استعار رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها فى بنائه أو آجرة ، فهو ضامن لأنه قرض إلا إذا قال لأردها عليك فهى عارية تاترخانية (قوله مقلوعين) أو يأخذ المستعير غراسه وبناءه بلا تضمين المعير هداية ، وذكر الحاكم أن له أن يضمن المعير قيمتها قائمين فى الحال ، ويكونان له وأن يرفعهما إلا إذا كان الرفع مضرا بالأرض ، فحينئذ يكون الخيار للمعير كما فى الهداية وفيه رمز إلى أن لاضمان فى العارية المطلقة : وعنه أن عليه القيمة وإلى أن لاضمان فى الموقتة بعد انقضاء الوقت ، فيقلع المعير البناء والغرس إلا أن يضر القلع ؛ فحينئذ يضمن قيمتهما مقلوعين لاقائمين كما فى المحيط قهستانى كذا فى الهامش (قوله مانقص البناء) هذا مشى عليه فى الكنز والهداية . وذكر فى البحر عن المحيط ضمان القيمة قائما إلا أن يقلعه المستعير ولاضرر ، فإن ضر فضمان القيمة مقلوعا ، وعبارة المجمع وألزمناه الضمان فقيل مانقصهما القلع ، وقيل قيمتهما ، ويملكهما وقيل إن ضر يخير المالك يعنى المعير يخير بين ضمان مانقص وضمان القيمة ، ومثله فى درر البحار والمواهب والملتقى وكلهم قدموا الأول وبعضهم جزم به وعبر عن غيره بقيل فلذا اختاره المصنف وهى رواية القدورى والثانى رواية الحاكم

بأن يقوم قائما إلى المدة المضروبة وتعتبر القيمة يوم الاسترداد بحر (وإذا استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقتها أولا) فتترك بأجر المثل مراعاة للحقين فلو قال المعير : أعطيك البذر وكلفتك إن كان لم يثبت لم يجز ، لأن بيع الزرع قبل نباته باطل وبعد نباته فيه كلام أشار إلى الجواز فى المغنى نهاية (ومؤنة الرد على المستعير فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها) لأن مؤنة الرد عليه نهاية (إلا إذا استعارها ليرهنها) فتكون كالإجارة رهن الخانية (وكذا الموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه وكذا المؤجر والغاصب والمرتهن) مؤنة الرد عليهم لحصول المنفعة لهم هذا لو الإخراج بإذن رب المال وإلا فمؤنة رد مستأجر ومستعار على الذى أخرجه إجارة البزازية بخلاف شركة ومضاربة وهبة قضى بالرجوع مجتبى (وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة) لا مياومة (أو مع عبد ربها مطلقا) يقوم عليها أولا فى الصح (أو أجيره) أى مشاهرة كما مر فهلكت

الشهيد كما فى غرر الأفكار (قوله قائما) فلو قيمته قائما فى الحال أربعة وفى المآل عشرة ضمن ستة شرح الملتقى (قوله المضروبة) فيضمن مانقص عنها (قوله القيمة) أى ابتداؤها (قوله وقتها) بتشديد القاف (قوله فتترك الخ) نص فى البرهان على أن الترك بأجر استحسان ثم قال عن المبسوط : ولم يبين فى الكتاب أن الأرض تترك فى يد المستعير إلى وقت إدراك الزرع بأجر أو بغير أجر قالوا وينبغى أن تترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع بقل بعد اه شرنبلالية (قوله أعطيك البذر) بضم الهمزة والبذر مفعوله (قوله وكلفتك) بضم الكاف وتسكين اللام وفتح الباقى (قوله الجواز) وهو المختار كما فى الغيائية ط (قوله على المستعير) .

[فروع] علف الدابة على المستعير مطلقة أو مقيدة ونفقة العبد كذلك والكسوة على المستعير (١) بزازية وقدمه الشارح أول الترجمة وآخر النفقة . جاء رجل إلى مستعير ، وقال : إنى استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرنى بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره بذلك ضمن المستعير ، ولا يرجع على القابض إذا صدقه فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع :

قال : وكل تصرف هو سبب الضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير فكذبه ضمن المستعير مالم يبرهن فصولين :

استعار قدرا لغسل الثياب ولم يسلمه حتى سرق ليلا ضمن بزازية تأمل (قوله لأن) مستدرك بفاء التفريع (قوله إلا إذا استعارها الخ) فمؤنة الرد على المعير والفرق ماأشار إليه لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها فإنها تصير مضمونة فى يد المرتهن ، وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته ، فكانت بمنزلة الإجارة خانية فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين الأول : هذا والثانى ما مر فى الباب قبله عند قوله بخلاف المستعير ، والمستأجر أنه لو خالف ثم عاد إلى الوفاق برىء عن الضمان أفاده فى البحر (قوله هذا الخ) الأولى ذكره قبل الغاصب ، لأنه راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر يعنى إنما تكون عليه إذا أخرجه المستأجر بإذنه وإلا فعلى المستأجر ، فيكون كالمستعير : وفى البحر عن الخلاصة الأجير المشترك كالخياط ونحوه مؤنة الرد عليه لاعلى رب الثوب (قوله لو الإخراج) أى إلى بلد آخر مثلا والظاهر أن المراد بالإذن الإذن صريحا وإلا فالإذن دلالة موجود تأمل (قوله بخلاف شركة الخ) فإن أجرة ردها على صاحب المال والواهب كما فى المنح (قوله مع عبده) أى مع من فى عيال المستعير قهستانى قال فى الهامش ردها مع من فى عياله برىء جامع الفصولين (قوله لامياومة) لأنه ليس فى عياله قهستانى (قوله أو مع عبد الخ) أى مع من فى عيال المعير قهستانى (قوله يقوم عليها)

---

(١) (قوله والكسوة على المستعير الخ) لعل صوابه : المعير فإنه الذى قدمه الشارح تأمل اه .

قبل قبضها (برئ) لأنه أتى بالتسليم المتعارف (بخلاف نفيس) كجوهرة (وبخلاف الرد مع الأجنبى) أى (بأن كانت العارية مؤقته فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى) لتعديه بالإمساك بعد المدة (وإلا فالمستعير يملك الإيداع) فيما يملك الإعارة (من الأجنبى) به يفتى زيلعى فتعين حمل كلامهم على هذا وبخلاف رد وديعة ومغصوب إلى دار المالك فإنه ليس بتسليم (وإذا استعار أرضا) بيضاء (للزراعة يكتب المستعير) أنك (أطعمتنى أرضك لأزرعها) فيخصص لئلا يعم البناء ونحوه (العبد المأذون يملك الإعارة

أى يتعاهدها كالسائس (قوله مع الأجنبى) قال فى الهامش المستأجر لورد الدابة مع أجنبى ضمن جامع الفصولين (قوله وإلا فالمستعير الخ) إشارة إلى فائدة اشتراط التوقيت قال الزيلعى : وهذا أى قوله بخلاف الأجنبى يشهد لمن قال من المشايخ إن المستعير ليس له أن يودع ، وعلى المختار تكون هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى ، لأنه بإمساكها بعد يضمن لتعديه فكذا إذا تركها فى يد الأجنبى اه وفى البرهان : وكذا يعنى يبرأ لوردها مع أجنبى على المختار بناء على ما قال مشايخ العراق من أن المستعير يملك الإيداع وعليه الفتوى ، لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعا وتمليك المنافع فلأن يملك الإيداع ، وليس فيه تمليك المنافع أولى ، وأولوا قوله وإن ردها مع أجنبى ضمن إذا هلكت بأنها موضوعة فيما إذا كانت العارية موقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها ، وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق اه شرنبلالية :

قلت : ومثله فى شروح الهداية ولكن تقدم متنا أنه يضمن فى المؤقتة ، وفى جامع الفصولين لو كانت العارية موقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن ، وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار سواء توقتت نصا أو دلالة حتى إن من استعار قدوما ليكسر حطبا فكسره فأمسك ضمن ولو لم يوقت اه فعلى هذا فضمانه ليس بالإرسال مع الأجنبى إلا أن يحمل على ما إذا لم يمكنه الرد تأمل ، ومع هذا يبعد هذا التأويل التقييد ولا بالعبد والأجير فإنه على هذا لا فرق بينهما وبين الأجنبى ، حيث لا يضمن بالرد قبل المدة مع أى من كان ويضمن بعدها كذلك فهذا أدل دليل على قول من قال ليس له أن يودع وصححه فى النهاية كما نقله عنه فى التاترخانية (قوله فيما يملك) وهو ما لا يختلف وظاهره أنه يملك الإيداع فيما يختلف وليس كذلك . وعبارة الزيلعى ، وهذا لأن الوديعة أدنى حالا من العارية ، فإذا كان يملك الإعارة فيما لا يختلف ، فأولى أن يملك الإيداع على ما بينا ولا يختص بشىء دون شىء لأن الكل لا يختلف فى حق الإيداع ، وإنما يختلف فى حق الانتفاع اه اللهم إلا أن يقال ما عبارة عن الوقت : أى فى وقت يملك الإعارة ، وهو قبل مضى المدة إذا كانت موقتة ، وهو بعيد كما لا يخفى تأمل .

[فرع] فى الهامش إذا اختلف المعير والمستعير فى الانتفاع بالعارية فادعى المعير الانتفاع بقول(١) مخصوص فى زمن مخصوص ، وادعى المستعير الإطلاق القول قول المعير فى التقييد ، لأن القول له فى أصل الإعارة فكذا فى صفتها قارئ الهداية فى القول لمن (قوله على هذا) وهو كون العارية موقتة وقد مضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى لكن لا يخفى أن الضمان حينئذ بسبب مضى المدة لا من كونه بعثها مع الأجنبى ، إذ لا فرق حينئذ بينه وبين غيره (قوله وبخلاف) معطوف على قول المتن بخلاف وكان الأولى ذكره هناك تأمل (قوله فإنه ليس الخ) كذا فى الهداية ومسألة الغير خلافية ففى الخلاصة قال مشايخنا : يجب أن يبرأ قال فى الجامع الصغير الإمام قاضيخان السارق والغاصب لا يبرآن بالرد إلى منزل ربها أو مربطه أو أجيره أو عبده مالم يردها إلى مالكها (قوله لأزرعها) اللام للتعليل (قوله فيخصص) أى فلا يقول أعرتنى (قوله يملك الإعارة) وكذا الصبى المأذون وفى البزازية

---

(١) (قوله الانتفاع بقول الخ) لعل صوابه بنوع تأمل اه .

والمحجور إذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق، ولو أعار) عبد محجور عبدا محجورا (مثله فاستهلكها ضمن) الثانى (للحال ولو استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق) الذهب (منه) أى من الصبى (فإن كان الصبى يضبط حفظ (ما عليه) من اللباس (لم يضمن وإلا ضمن) لأنه إعارة والمستعير يملكها (وضعها) أى العارية (بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو نام جالسا) لأنه لايعد مضيعا لها (وضمن لو نام مضطجعا) لتركه الحفظ (ليس للأب إعارة مال طفله) لعدم البدل وكذا القاضى والوصى (طلب) شخص (من رجل ثورا عارية فقال أعطيك غدا فلما كان الغد ذهب الطالب وأخذه بغير إذنه واستعمله فمات) الثور (لا ضمان عليه) خانية عن إبراهيم ابن يوسف لكن فى المجتبى وغيره أنه يضمن :

(جهز ابنته بما يجهز به مثلها ثم قال كنت أعرتها الأمتعة إن العرف مستمرا) بين الناس (أن الأب يدفع ذلك) الجهاز (ملكا لا إعارة لا يقبل قوله) إنه إعارة لأن الظاهر يكذبه (وإن لم يكن) العرف (كذلك) أو تارة وتارة (فالقول له) به يفتى كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها فإن القول له اتفاقا (والأم) وولى الصغيرة (كالأب) فيما ذكره وفيما يدعيه الأجنبى بعد الموت لا يقبل إلا ببينة شرح وهبانية وتقدم فى باب المهر وفى الأشباه (كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله) بيمينه (كالمودع إذا ادعى الرد والوكيل والناظر إذا ادعى الصرف إلى الموقوف عليهم) يعنى من الأولاد والفقراء وأمثالها وأما إذا ادعى الصرف إلى

استعار من صبى مثله كالقدوم ونحوه إن مأذونا، وهو ماله لاضمان وإن لغير الدافع المأذون يضمن الأول لاالثانى لأنه إذا كان مأذونا صح منه الدفع، وكان التلف حاصلا بتسليطه وإن الدافع محجورا يضمن هو بالدفع والثانى بالأخذ لأنه غاصب الغاصب اهـ (قوله واستهلكه الخ) لأن المعير سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط فى حق المولى درر كذا فى الهامش (قوله عبد محجور عبدا محجوراً) فعبد محجور فاعل أعار وصفة فاعله كما أن عبدا مفعوله وموصوف محجورا كذا ضبط بالقلم (قوله ضمن الثانى) لأنه أخذه بغير إذن فكان غاصبا (قوله للحال) لأن المحجور يضمن بإتلافه حالا درر كذا فى الهامش (قوله لأنه) علة لقوله لم يضمن (قوله يملكها) أى الإعارة (قوله وضعها) أى المستعير (قوله يديه) أى يد المستعير (قوله مضطجعا) هذا فى الحضر قال فى جامع الفصولين : المستعير إذا وضع العارية بين يديه ونام مضطجعا ضمن فى حضر لافى سفر، ولو نام فقطع رجل مقود الدابة فى يده لم يضمن فى حضر وسفر، ولو أخذ المقود من يده ضمن لو نام مضطجعا فى الحضر وإلا فلا اهـ وفى البزازية : نام المستعير فى المفازة ومقودها فى يده فقطع السارق المقود لايضمن وإن جذب المقود من يده ولم يشعر به يضمن قال الصدر : هذا إذا نام مضطجعا وإن جالسا لايضمن فى الوجهين وهذا لايناقض ما مر أن نوم المضطجع فى السفر ليس بترك للحفظ، لأن ذاك فى نفس النوم وهذا فى أمر زائد على النوم اهـ وفيها استعار منه مرا للسقى واضطجع ونام، وجعل المر تحت رأسه لايضمن لأنه حافظ؛ ألا يرى أن السارق من تحت رأس النائم يقطع، وإن كان فى الصحراء وهذا فى غير السفر، وإن فى السفر لايضمن لم قاعدا أو مضطجعا والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه يعد حافظا اهـ (قوله أنه يضمن) وبه جزم فى البزازية قال : لأنه أخذ بلا إذنه وقال ولو استعار من آخر ثوره غدا فقال نعم، فجاء المستعير غدا فأخذه فهلك لايضمن لأنه استعاره منه غدا وقال نعم فانعقدت الإعارة وفى المسألة الأولى وعد الإعارة لاغير (قوله جهز ابنته الخ) وفى الولوالجية إذا جهز الأب ابنته ثم بقية الورثة يطلبون القسمة منها، فإن كان الأب اشترى لها فى صغرها أو بعد ما كبرت وسلم إليها وذلك فى صحته فلا سبيل للورثة عليه ويكون للبنت خاصة اهـ منح كذا فى الهامش (قوله فإن القول له) ظاهره أن القول له حينئذ فى الجميع لافى الزائد على جهاز المثل وليحرر (قوله وأمثالهما) كالعلماء

وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله فى حق أرباب الوظائف لكن لا يضمن ما أنكروه له بل يدفعه ثانيا من مال الوقف كما بسطه فى حاشية أخى زاده .

قلت : وقد مر فى الوقف عن المولى أبى السعود واستحسنه المصنف وأقره ابنه فليحفظ (وسواء كان فى حياة مستحقها أو بعد موته إلا فى الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل قوله إلا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين) كوديعة قال قبضتها فى حياته وهلكت وأنكرت الورثة أو قال دفعتها إليه فإنه يصدق ، لأنه ينفى الضمان عن نفسه ، بخلاف الوكيل بقبض الدين ، لأنه يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق وكالة الولوالجية :

والأشراف قال بعض الفضلاء : ينبغى أن يقيد بأن لايكون الناظر معروفا بالخيانة كأكثر نظار زماننا بل يجب أن لايفتوا بهذه المسألة حموى ط (قوله المرتزقة) مثل الإمام والمؤذن والبواب لأن له شبها(١) بالأجرة بخلاف الأولاد ونحوهم لأنه صلة محضة (قوله أخى زاده) أى على صدر الشريعة (قوله مستحقها) أى الأمانات (قوله إلا فى الوكيل) أفاد الحصر قبول القول من وكيل البيع ويؤيده مافى وكالة الأشباه إذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت وكذبته الورثة فى البيع فإنه لايصدق إذا كان المبيع قائما بعينه بخلاف ماإذا كان هالكا سائحانى (قوله بعد موت الموكل) بخلافه فى حياته :

[فروع] شحى لو ذهب إلى مكان غير المسمى ضمن ولو أقصر منه ، وكذا لو أمسكها فى بيته ولم يذهب إلى المسمى ضمن قاضيخان ، لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك فى البيت يقول الحقير يرد على المسألتين إشكال وهو أن المخالفة فيهما إلى خير لا إلى شر ، فكان الظاهر أن لا يضمن فيهما ولعل فى المسألة الثانية روايتين إذ قد ذكر فى يد لو استأجر قدوما لكسر الحطب فوضعه فى بيته فتلف بلا تقصير قيل ضمن وقيل لا شحى والمكث المعتاد عفو نور العين : إذا مات المعير أو المستعير تبطل الإعارة خانية .

استعار من آخر شيئا فدفعه ولده الصغير المحجور عليه إلى غيره بطريق العارية فضاع يضمن الصبى الدافع وكذا المدفوع إليه تاترخانية عن المحيط :

رجل استعار كتابا فضاع فجاء صاحبه وطالبه فلم يخبره بالضياع ووعده بالرد ثم أخبره بالضياع قال فى بعض المواضع إن لم يكن آيسا من رجوعه فلا ضمان عليه ، وإن كان آيسا ضمن لكن هذا خلاف ظاهر الرواية قال فى الكتاب يضمن لأنه متناقض ولوالجية :

وفيها استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق إن كان الصبى يضبط حفظ ما عليه لا يضمن وإلا ضمن :

وفيها دخل بيته بإذنه فأخذ إناء لينظر إليه فوقع لا يضمن ولو أخذه بلا إذنه بخلاف ما لو دخل سوقا يباع فيه الإناء يضمن اه : جاء رجل إلى مستعير وقال : إنى استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرنى بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره ضمن المستعير ولا يرجع على القابض ، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع قال ، وكل تصرف هو سبب للضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير مالم يبرهن فصولين :

وفيه استعاره وبعث قنه ليأتى به فركبه قنه فهلك به ضمن القن ويباع فيه حالا بخلاف قن محجور أتلف وديعة قبلها بلا إذن مولاه اه (قوله فى حياته) أى الموكل (قوله مثل المقبوض) لأن الديون تقضى بأمثالها

---

(١) (قوله لأن له شبها بالأجرة) شبهه المولى أبو السعود بما إذا استأجر شخصا للبناء فى الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة إليه فإنه لايقبل قوله اه .

قلت : وظاهره أنه لا يصدق لا فى حق نفسه ولا فى حق الموكل وقد أفتى بعضهم أنه يصدق فى حق نفسه لا فى حق الموكل وحمل عليه كلام الولوالجية فيتأمل عند الفتوى .

[فروع] أوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع .

العارية كالإجارة تنفسخ بموت أحدهما .

مات وعليه دين وعنده وديعة بغير عينها فالتركة بينهم بالحصص .

استأجر بعيرا إلى مكة فعلى الذهاب وفى العارية على الذهاب والمجىء لأن ردها عليه .

استعار دابة للذهاب فأمسكها فى بيته فهلكت ضمن لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك .

استقرض ثوبا فأغار عليه الأتراك لم يضمن لأنه عارية عرفا .

استعار أرضا ليبنى ويسكن وإذا خرج فالبناء للمالك فللمالك أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لأن الإعارة تمليك بلا عوض فكانت إجارة معنى وفسدت بجهالة المدة وكذا لو شرط الخراج على المستعير لجهالة البدل والحيلة أن يؤجره الأرض سنين معلومة ببدل معلوم ثم يأمره بأداء الخراج منه .

استعار كتابا فوجد به خطأ أصلحه إن علم رضا صاحبه :

قلت : ولا يأثم بتركه إلا فى القرآن لأن إصلاحه واجب بخط مناسب . وفى الوهبانية :

وسفر رأى إصلاحه مستعيره يجوز إذا مولاه لا يتأثر

وفى معاياتها : وأى معير ليس يملك أخذ ما أعار وفى غير الرهان التصور

وهل واهب لابن يجوز رجوعه وهل مودع ماضيع المال يخسر

(قوله لا فى حق نفسه) أى فيضمن (قوله ولا فى حق الموكل) أى فى إيجاب الضمان عليه بمثل المقبوض (قوله بعضهم) هو من معاصرى صاحب المنح كما ذكره فيها وذكر الرملى فى حاشيتها أنه هو الذى لا محيد عنه ، وليس فى كلام أئمتنا ما يشهد لغيره تأمل اه :

قلت : وللشرنبلالى رسالة فى هذه المسألة فراجعها كما أشرنا إليه فى كتاب الوكالة وكتبت منها شيئا فى هامش البحر هناك (قوله بينهم) أى بين أصحاب الدين ورب الوديعة (قوله لأنه عارية) أى فلا يضمن إلا بالتعدى ولم يوجد (قوله بلا عوض) أى أو هنا جعل له عوض وفى البزازية دفع داره على أن يسكنها ويرمها ولا أجر فهى عارية ، لأن المرمة من باب النفقة وهى على المستعير . وفى كتاب العارية بخلافه سانحانى (قوله بجهالة المدة) عبارة البحر عن المحيط لجهالة المدة والأجرة لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اه فأفاد أن الحكم كذلك لو بين المدة لبقاء جهالة الأجرة وهو ظاهر (قوله لو شرط الخ) أى تكون إجارة فاسدة لأنه عليه ولما شرطه على المستعير ، فقد جعله بدلا عن المنافع فقد أتى بمعنى الإجارة والعبرة فى العقود للمعانى (قوله لجهالة البدل) أما لو كان خراج المقاسمة فلأن بعض الخارج يزيد وينقص وأما إذا كان خراجا موظفا فإنه وإن كان مقدرا إلا أن الأرض إذا لم تحتمله ينقص عنه منح ملخصا (قوله منه) أى من ذلك البدل (قوله وأى معير الخ) أرض آجرها المالك للزراعة ثم أعارها من المستأجر وزرعها المستعير ، فلا يملك استرجاعها لما فيه من الضرر ، وتنفسخ الإجارة حين الإعارة ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله يجوز رجوعه) والجواب أن هذا الابن مملوك الغير والمملوك لا يملك شيئا فيقع لغيره وهو سيده فيصح الرجوع كذا فى الهامش (قوله وهل مودع) المودع لو دفع

كتاب الهبة

وجه المناسبة ظاهر (هى) لغة : التفضل على الغير ولو غير مال . وشرعا (تمليك العين مجانا) أى بلا عوض لا أن عدم العوض شرط فيه ، وأما تمليك الدين من غير من عليه الدين فإن أمره بقبضه صحت لرجوعها إلى هبة العين (وسببها إرادة الخير للواهب) دنيوى كعوض ومحبة وحسن ثناء وأخروى . قال الإمام أبو منصور يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة نهاية مندوبة وقبولها سنة قال صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا » :

(وشرائط صحتها فى الواهب العقل والبلوغ والملك) فلا تصح هبة صغير ورقيق ولو مكاتبا :

الوديعة إلى الوارث بلا أمر القاضى ضمن إن كانت مستغرقة بالدين ولم يكن مؤتمنا وإلا فلا إذا دفع لبعضهم فوائد زينية كذا فى الهامش :

كتاب الهبة

(قوله وجه المناسبة ظاهر) لأن ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهى تمليك العين كذلك (قوله مجانا) زاد ابن الكمال للحال لإخراج الوصية (قوله بلا عوض) أى بلا شرط عوض فهو على حذف مضاف ، لكن هذا يظهر لو قال بلا عوض كما فى الكنز ، لأن معنى مجانا عدم العوض لاعدم اشتراطه على أنه اعترضه الحموى كما فى أبى السعود بأن قوله بلا عوض نص فى اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان اه أى فلايتم المراد بما ارتكبه ، وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض ، لأنه يلزم خروجها عن التعريف حينئذ كما نبه عليه فى العزمية أيضا .

قلت : والتحقيق أنه إن جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالا من تمليك لزم ما ذكر أما لو جعل المحذوف خبرا بعد خبر أى هى كائنة بلاشرط عوض على معنى أن العوض فيها غير شرط بخلاف البيع والإجارة فلايرد ما ذكر فتدبر (قوله شرط فيه) وإلا لما شمل الهبة بشرط العوض ح (قوله وأما تمليك الدين الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة فيخرج عن التعريف ، فأجاب : بأنه يكون عينا مآلا فالمراد بالعين فى التعريف ما كان عينا حالا أو مآلا قال بعض الفضلاء ولهذا لايلزم إلا إذا قبض وله الرجوع قبله فله منعه ، حيث كان بحكم النيابة عن القبض وعليه تبتنى مسألة موت الواهب قبل قبض الموهوب له فى هذه فتأمل. بقى هل الإذن يتوقف على المجلس ؟ الظاهر نعم فليراجع ولا ترد هبة الدين ممن عليه فإنه مجاز عن الإبراء والفرد المجازى لا ينقض والله سبحانه أعلم اه (قوله صحت) أى ويكون وكيلا عنه فيه قال فى البحر عن المحيط : ولو وهب دينا له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحسانا فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة وإن لم يأذن بالقبض لم يجز اه .

وفى أبى السعود عن الحموى ، ومنه يعلم أن تصيير معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح ما لم يأذنه بالقبض وهى واقعة الفتوى وقال فى الأشباه صحت ، ويكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه ومقتضاه عزله عن التسليط قبل القبض اه (قوله قال الإمام) بيان للأخروى ح (قوله يعلم) بكسر اللام مشددة (قوله تهادوا تحابوا) بفتح تاء تهادوا وهائه وداله وإسكان واوه وتحابوا بفتح تائه وحائه وضم بائه مشددة (قوله ولو مكاتبا)

(و) شرائط صحتها (فى الموهوب أن يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول) كما سيتضح ؛

(وركنها) هو (الإيجاب والقبول) كما سيجىء ؛

(وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم) فله الرجوع والفسخ (وعدم صحة(١) خيار الشرط فيها) فلو شرطه صحت إن اختارها قبل تفرقهما وكذا لو أبرأه صح الإبراء وبطل الشرط خلاصة ؛

(و) حكمها (أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) فهبة عبد على أن يعتقه تصح ويبطل الشرط (وتصح بإيجاب كوهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام ولو) ذلك (على وجه المزاح) بخلاف أطعمتك أرضى فإنه عارية لرقبتها وإطعام لغلتها بحر (أو الإضافة إلى ما) أى إلى جزء (يعبر به عن الكل كوهبت لك فرجها وجعلته لك)

فغيره كالمدبر وأم الولد والمبعض بالأولى (قوله صحتها) أى بقائها على الصحة كما سيأتى (قوله مقبوضا) رجل أضل لؤلؤة فوهبها لآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها . قال أبو يوسف : هذه هبة فاسدة لأنها على خطر والهبة لاتصح مع الخطر وقال زفر تجوز خانية (قوله مشاع) أى فيما يقسم كما يأتى وهذا فى الهبة ، وأما إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح بحر : أى بخلاف ما إذا تصدق بالبعض على واحد فإنه لا يصح كما يأتى آخر المتفرقات لكن سيأتى أيضا أنه لا شيوع فى الأولى وقد ذكر فى البحر هنا أحكام المشاع وعقد لها فى جامع الفصولين ترجمة فراجعه ؛

[فائدة] من أراد أن يهب نصف دار مشاعا يبيع منه نصف الدار بثمن معلوم ثم يبريه عن الثمن بزازية (قوله هو الإيجاب) وفى خزانة الفتاوى إذا دفع لابنه مالا فتصرف فيه الابن يكون للأب إلا إذا دلت دلالة التمليك بيرى :

قلت : فقد أفاد أن التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط ، بل تكفى القرائن الدالة على التمليك كمن دفع لفقير شيئا وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشىء وكذا يقع فى الهداية ونحوها فاحفظه ، ومثله ما يدفعه لزوجته أو غيرها قال : وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صح لأن القبض فى باب الهبة جار مجرى الركن فصار كالقبول والواجبة . وفى شرح المجمع لابن ملك عن المحيط لوكان أمره بالقبض حين وهب لا يتقيد بالمجلس ويجوز قبضه بعده (قوله والقبول) فيه خلاف ففى القهستانى وتصح الهبة بكوهبت وفيه دلالة على أن القبول ليس بركن كما أشار إليه فى الخلاصة وغيرها : وذكر الكرمانى أن الإيجاب فى الهبة عقد تام ؛ وفى المبسوط : أن القبض كالقبول فى البيع ، ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر إلى القبول كما فى الكرمانى لكن فى الكافى والتحفة أنه ركن ، وذكر فى الكرمانى : أنها تفتقر إلى الإيجاب لأن ملك الإنسان لاينقل إلى الغير بدون تمليكه ، وإلى القبول لأنه إلزام الملك على الغير ، وإنما يحنث إذا حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل ، لأن الغرض عدم إظهار الجود وقد وجد الإظهار ، ولعل الحق الأول فإن فى التأويلات التصريح بأنه غير لازم ولذا قال أصحابنا : لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز اه وسيأتى تمامه قريبا (قوله فلو شرطه) بأن وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام (قوله وكذا لو الخ) أى لا يصح خيار الشرط أى لو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام يصح الإبراء ، ويبطل الخيار منح وهذا مخالف لما مر فى باب خيار الشرط (قوله المزاح)

---

(١) (قول المصنف وعدم صحة الخ) مقتضى هذا التعبير أن الهبة تصح ويبطل الشرط وليس كذلك وإلا لما احتيج إلى تقييد اختياره بالمجلس فكان لاصوب أن يقول : وعدم صحتها بخيار الشرط وإسقاط أداة التشبيه فى مسألة الإبراء لأن الإبراء يصح ويبطل الشرط اه ط بتصرف إلا أن مسألة الإبراء فيها قبولان هل يصح الإبراء دون الشرط أو يبطل الإبراء فلعل الشارح جرى على الثانى اه

لأن اللام للتمليك بخلاف جعلته باسمك "فإنه ليس بهبة وكذا هى لك حلال إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة خلاصة (وأعمرتك هذا الشىء وحملتك على هذه الدابة) ناويا بالحمل الهبة كما مر (وكسوتك هذا الثوب ودارى لك هبة) أو عمرى (تسكنها) لأن قوله تسكنها مشورة لا تفسير لأن الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم فقد أشار عليه فى ملكه بأن يسكنه فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل (لا) لو قال (هبة سكنى أو سكنى هبة) بل تكون عارية أخذا بالمتيقن ؛

وحاصله : أن اللفظ إن أنبأ عن تملك الرقبة فهبة أو المنافع فعارية أو احتمل اعتبر النية نوازل وفى البحر اغرسه باسم ابنى الأقرب الصحة

رده المقدسى(١) على صاحب البحر وأجبنا عنه فى هامشه (قوله بخلاف جعلته باسمك) قال فى البحر : قيد بقوله لك لأنه لو قال جعلته باسمك لايكون هبة ولهذا قال فى الخلاصة لو غرس لابنه كرما إن قال جعلته لابنى يكون هبة وإن قال باسم ابنى لايكون هبة ولو قال أغرس باسم ابنى فالأمر متردد وهو إلى الصحة أقرب اه . وفى المنح عن الخالية بعد هذا قال جعلته لابنى فلان يكون هبة لأن الجعل عبارة عن التمليك وإن قال أغرس باسم ابنى لايكون هبة وإن قال : جعلته باسم ابنى يكون هبة لأن الناس يريدون به التمليك والهبة اه . وفيه مخالفة لما فى الخلاصة كما لايخفى اه . قال الرملى : أقول : ما فى الخالية أقرب لعرف الناس تأمل اه ؛ وهنا تكملة لهذه لكن أظن أنها مضروب عليها لفهمها مما مر وهى وظاهره أنه أقره على المخالفة وفيه أن ما فى الخالية فيه لفظ الجعل وهو مراد به التمليك بخلاف ما فى الخلاصة اه تأمل نعم عرف الناس التمليك مطلقا تأمل (قوله ليس بهبة) بقى ما لو قال ملكتك هذا الثوب مثلا فإن قامت قرينة على الهبة صحت وإلا فلا لأن التمليك أعم منها لصدقه على البيع والوصية والإجارة وغيرها وانظر ما كتبناه فى آخر هبة الحامدية وفى الكازرونى أنها هبة ؛

[فروع] : فى الهامش رجل قال لرجل : قد متعتك بهذا الثوب أو هذه الدراهم فقبضها فهى هبة وكذا لو قال لامرأة قد تزوجها على مهر مسمى قد متعتك بهذه الثياب أو بهذه الدراهم فهى هبة كذا فى محيط السرخسى فتاوى هندية ؛

أعطى لزوجته دنانير لتتخذ بها ثيابا وتلبسها عنده فدفعتها معاملة فهى لها قنية ؛

اتخذ لولده الصغير ثوبا يملكه وكذا الكبير بالتسليم بزازية ؛

لو دفع إلى رجل ثوبا وقال ألبس لفسك ففعل يكون هبة ولو دفع دراهم وقال أنفقها عليك يكون قرضا باقانى ؛

اتخذ لولده ثيابا ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية وكذا لو اتخذ لتلميذه ثيابا فأبق التلميذ فأراد أن يدفعها إلى غيره بزازية كذا فى الهامش (قوله مشورة) بضم الشين أى فقد أشار فى ملكه بأن يسكنه فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل كقوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه بحر (قوله لو قال هبة سكنى) منصوب على الحال أو التمييز بحر (قوله أو سكنى هبة) بالنصب (قوله باسم ابنى) قدمنا الكلام فيه تقريبا ؛

---

(١) (قوله رده المقدسى) ونص عبارته : الذى فى الخلاصة أنه طالب الهبة مزاحا لاجدا فوهبه جدا وسلم صحت الهبة لأن الواهب غير مازح وقد قبل الموهوب له قبولا صحيحا اه وما نقله المصنف عن الخلاصة مستدلا به على ما فى متنه لايفيده فإنه نحو ما فى الخلاصة ، وعبارتها لو قال هب لى هذا الشىء على وجه المزاح فقالت وهبت إليك وسلم جاز اه وكذا ما فى القهستانى لايفيده ونصه ويدخل فيه ما يكون على وجه المزاح فلو قال وهبت لى كذا فقال وهبت وقال الآخر قبلت وسلم إليه جاز اه كذا فى ط .

(و) تصح (بقبول) أي في حق الموهوب له أما في حق الواهب فتصح بالإيجاب وحده ، لأنه متبرع حتى لوحلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر" وبعكسه حنث بخلاف البيع (و) تصح (بقبض بلا إذن في المجلس) فإنه هنا كالقبول فاختص بالمجلس (وبعده به) أي بعد المجلس بالإذن وفي المحيط لوكان أمره بالقبض حين وهبه لا بتقيد بالمجلس ويجوز القبض بعده (والتمكن من القبض كالقبض فلو وهب لرجل ثيابا في صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضا) لعدم تمكنه من القبض (وإن مفتوحا كان قبضا لتمكنه منه) فإنه كالتخلية في البيع اختيار وفي الدرر والمختار صحته بالتخلية في صحيح الهبة لا فاسدها وفي النتف ثلاثة عشر عقدا لا تصح بلا قبض (ولو نهاه) عن القبض (لم يصح) قبضه (مطلقا) ولو في المجلس لأن الصريح أقوى من الدلالة (وتم) الهبة (بالقبض) الكامل (ولو الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به) والأصل أن الموهوب إن مشغولا بملك الواهب منع تمامها ،

أقول : قوله جعلته باسمك غير صحيح كما مر فكيف يكون ما هو أدنى رتبة منه أقرب إلى الصحة سائحاني .

قلت : قد يفرق بأن ما مر ليس خطابا لابنه بل لأجنبي ، وما هنا مبني على العرف تأمل (قوله وتصح بقبول) أي ولو فعلا ومنه وهبت جاريتي هذه لأحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له وكان أخذه قبولا وما في المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط في الهبة القبول مشكل بحر .

قلت : يظهر لي أنه أراد بالقبول قولا وعليه يحمل كلام غيره أيضا وبه ظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول وعدمه والله الموفق وقدمنا نظيره في العارية وانظر ما كتبناه على البحر . نعم القبول شرط لو كان الموهوب في يده كما يأتي (قوله بخلاف البيع) فإنه إن لم يقبل لم يحنث (قوله صحته) أي القبض بالتخلية قال في التاترخانية وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة ، فأما الهبة الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقا والأصح أن الإقرار بالهبة لا يكون إقرارا بالقبض خانية (قوله وفي النتف ثلاثة عشر) أحدها الهبة والثاني الصدقة والثالث الرهن والرابع الوقف في قول محمد بن الحسن والأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح . والخامس : العمرى ، والسادس : النحلة ، والسابع : الجنين ، والثامن : الصلح ، والتاسع : رأس المال في السلم ، والعاشر : البدل في السلم إذا وجد بعضه زيوفا فإن لم يقبض بدلها قبل الافتراق بطل حصتها من السلم ، والحادي عشر : الصرف ، والثاني عشر : إذا باع الكيلي بالكيلي والجنس مختلف مثل الحنطة بالشعير جاز فيه التفاضل لا النسيئة ، والثالث عشر : إذا باع الوزني بالوزني مختلفا مثل الحديد بالصفر أو الصفر بالنحاس أو النحاس بالرصاص جاز فيها التفاضل لا النسيئة منح الغفار كذا في الهامش (قوله بالقبض) فيشترط القبض قبل الموت ولو كانت في مرض الموت للأجنبي كما سبق في كتاب الوقف كذا في الهامش (قوله بالقبض الكامل) وكل الموهوب له رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز خانية (قوله منع تمامها) إذ القبض شرط فصولين وكلام الزيلعي يعطي أن هبة المشغول فاسدة والذي في العمادية أنها غير تامة قال الحموي في حاشية الأشباه : فيحتمل أن في المسألة روايتين كما وقع الاختلاف في هبة المشاع المحتمل للقسمة ، هل هي فاسدة أو غير تامة ؟ والأصح كما في البناية أنها غير تامة ، فكذلك هنا كذا بخط شيخنا ومنه يعلم ما وقعت الإشارة إليه في الدر المختار ، فأشار إلى أحد القولين بما ذكره أولا من عدم التمام ، وإلى الثاني بما ذكره آخرا من عدم الصحة فتدبر أبو السعود .

واعلم أن الضابط في هذا المقام أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وأمكن فصله لا تجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم كما إذا وهب الزرع أو الثمر بدون الأرض والشجر أو بالعكس ، وإن اتصل اتصال

وإن شاغلا لا فلو وهب جرابا فيه طعام الواهب أو دارا فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لا تصح وبعكسه تصح فى الطعام والمتاع والسرج فقط لأن كلا منها شاغل الملك لواهب لا مشغول به لأن شغله بغير ملك واهبه لا يمنع وتمامها كرهن وصدقة لأن القبض شرط تمامها وتمامه فى العمادية وفى الأشباه هبة المشغول لا تجوز إلا إذا وهب الأب لطفله :

قلت : وكذا الدار المعارة والتى وهبتها لزوجها على المذهب لأن المرأة ومتاعها فى يد الزوج فصح التسليم وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت :

مجاورة فإن كان الموهوب مشغولا بحق الواهب لم يجز ، كما إذا وهب السرج على الدابة ، لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة ، فتوجب نقصانا فى القبض ، وإن لم يكن مشغولا جاز كما إذا وهب دابة مسرجة دون سرجها لأن الدابة تستعمل بدونه ، ولو وهب الحمل عليها دونها جاز ، لأن الحمل غير مستعمل بالدابة ولو وهب دارا دون ما فيها من متاعه لم يجز وإن وهب مافيها وسلمه دونها جاز كذا فى المحيط شرح مجمع (قوله وإن شاغلا) تجوز هبة الشاغل لا المشغول فصولين :

أقول : هذا ليس على إطلاقه فإن الزرع والشجر فى الأرض شاغل لا مشغول ومع ذلك لا تجوز هبته لاتصاله بها تأمل خير الدين على الفصولين (قوله فلو وهب الخ) وإن وهب دارا فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضا جازت الهبة فيهما(١) لأنه حين هبة الدار لم يكن للواهب فيها شىء وحين هبة المتاع فى الأولى زال المانع عن قبض الدار لكن لم يوجد بعد ذلك فعل فى الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض الأول صحيحا فى حقها بحر عن المحيط (قوله وسلمها كذلك الخ) قال صاحب الفصولين : فيه نظر إذ الدابة شاغلة للسرج واللجام لا مشغولة يقول الحقير صل : أى الأصل عكس فى هذا ، والظاهر أن هذا هو الصواب يؤيده ما فى قاضيخان وهب أمة عليها حلى وثياب وسلمها جاز ، ويكون الحلى وما فوق ما يستر عورتها من الثياب للواهب لمكان العرف ، ولو وهب الحلى والثياب دونها لا يجوز حتى ينزعهما ويدفعهما إلى الموهوب له ، لأنهما ما دام عليها يكون تبعا لها ومشغولا بالأصل فلا تجوز هبته نور العين (قوله لأن شغله) تعليل لقوله لا مشغول به أى بملك الواهب حيث قيده بملك الواهب فافهم :

أقول : الذى فى البحر والمنح وغيرهما تصوير المشغول بملك الغير بما إذا ظهر المتاع مستحقا أو كان غصبه الواهب أو الموهوب له وانظر ما كتبناه على البحر عن جامع الفصولين (قوله بغير ملك واهبه) وفى بعض النسخ بملك غير واهبه اه (قوله كرهن وصدقة) أى كما أن شغل الرهن والصدقة بملك غير الراهن وغير المتصدق لا يمنع تمامها كما المحيط وغيره مدنى قال فى المنح وكل جواب عرفته فى هبة الدار والجوالق بما فيها من المتاع فهو الجواب فى الرهن والصدقة لأن القبض شرط تمامهما كالهبة (قوله إلا إذا وهب) كأن وهبه دارا(٢) والأب ساكنها أوله فيها متاع لأنها مشغولة بمتاع القابض وهو مخالف لما فى الخانية فقد جزم أولا بأنه لا تجوز ثم قال وعن أبى حنيفة فى المجرد تجوز ويصير قابضا لابنه تأمل (قوله وكذا الدار) مستدرك بأن الشغل هنا بغير ملك الواهب والمراد شغله بملكه (قوله المعارة) أى لو وهب طفله دارا يسكن فيها قوم بغير أجر جاز ويصير قابضا لابنه لا لو كان

---

(١) (قوله جازت الهبة فيهما) فيه سقط ، وأصله : جازت الهبة فى المتاع خاصة وإن بدأ فوهب له المتاع وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما اه .

(٢) (قوله كأن وهبه دارا الخ) الذى نقله أبو السعود فى حواشى الأشباه عن الولوالجية والبزازية أن ماعليه الفتوى هو الجواز وأنه قول أبى يوسف اه .

ومن وهبت للزوج دارا لها بها متاع وهم فيها تصح المحرر

وفى الجوهرة وحيلة هبة المشغول أن يودع الشاغل أولا عند الموهوب له ثم يسامه الدار مثلا فتصح لشغلها بمتاع فى يده (فى) متعلق بتتم (محوز) مفرغ (مقسوم ومشاع لا) يبقى منتفعا به بعد أن (يقسم) كبيت وحمام صغيرين لأنها (لا) تتم بالقبض (فيما يقسم واو) وهبه (لشريكه) أو لأجنبى لعدم تصور القبض الكامل كما فى عامة الكتب فكان هو المذهب وفى الصيرفية عن العتابى وقيل يجوز لشريكه وهو المختار (فإن قسمه وسلمه صح) لزوال المانع (ولو سلمه شائعا لايملكه فلا ينفذ تصرفه فيه) فيضمنه وينفذ تصرف الواهب درر، لكن فيها عن الفصولين الهبة الفاسدة تفيد الملك

بأجر كذا نقل عن الخانية (قوله تصح المحرر) وكان أصله ، وهم فيها فقولان يزبر ، بضم الميم(١) من هم لأجل الوزن (قوله مفرغ) تفسير لمحوز واحترز به عن هبة التمر على النخل ونحوه لما سيأتى درر (قوله بعد أن يقسم) ويشترط فى صحة هبة المشاع الذى لا يحتملها أن يكون قدرا معلوما حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز ، لأنها جهالة توجب المنازعة بحر وانظر ما كتبناه عليه (قوله وحمام) فيه أن الحمام مما لا يقسم مطلقا ح كذا فى الهامش (قوله فى عامة الكتب) وصرح به الزيلعى وصاحب البحر منح (قوله هو المذهب) راجع لمسألة الشريك كما فى المنح (قوله وهو المختار) قال الرملى : وجد بخط المؤلف يعنى صاحب المنح بإزاء هذا ما صورته ،ولا يخفى عليك أنه اختلاف المشهور (قوله فإن قسمه) أى الواهب بنفسه أو نائبه أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه كل ذلك تتم به الهبة كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه تأمل رملى والتخلية : فى الهبة الصحيحة قبض لا فى الفاسدة جامع الفصولين (قوله ولو سلمه شائعا الخ) قال فى الفتاوى الخيرية : ولاتفيد الملك فى ظاهر الرواية قال الزيلعى: ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى وقاضيخان وروى عن ابن رستم مثله وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ اه ومع إفادتها للملك عند هذا البعض أجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له ، ولو كان ذا رحم محرم من الواهب قال فى جامع الفصولين رامزا لفتاوى الفضلى ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه إذ الفاسدة مضمونة على مامر فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اه وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته لكونها مستحقة الرد ، ويضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد إذا مات أحد المتبايعين فلورثته نقضه ، لأنه مستحق الرد ومضمون بالهلاك : ثم من المقرر أن القضاء يتخصص ، فإذا ولى السلطان قاضيا ليقضى بمذهب أبى حنيفة لاينفذ قضاؤه بمذهب غيره ، لأنه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه بالرعية نص على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اه ما فى الخيرية وأفتى به فى الحامدية أيضا والتاجية وبه جزم فى الجوهرة والبحر :

ونقل عن المبتغى بالغين المعجمة : أنه لو باعه الموهوب له لا يصح، وفى نور العين عن الوجيز الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ، ولا يثبت الملك فيها إلا عند أداء العوض نص عليه محمد فى المبسوط ، وهو قول أبى يوسف إذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اه وذكر قبله هبة المشاع فيما يقسم لاتفيد الملك عند أبى حنيفة ، وفى القهستانى لاتفيد الملك وهو المختار كما فى المضمرات ، وهذا مروى عن أبى حنيفة وهو الصحيح اه :

فحيث علمت أنه ظاهر الرواية وأنه نص عليه محمد ورووه عن أبى حنيفة ظهر أنه الذى عليه العمل وإن صرح بأن المفتى به خلافه ، ولا سيا أنه يكون ملكا خبيثا كما يأتى ويكون مضمونا كما علمته فلم يجد نفعا

---

(١) (قوله بضم الميم الخ) لاحاجة إليه كما لايخفى اه مصححه ،

بالقبض وبه يفتى ومثله فى البزازية على خلاف ما صححه فى العمادية لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنف مع بقية أحكام المشاع وهل للقريب الرجوع فى الهبة الفاسدة قال فى الدرر نعم وتعقبه فى الشرنبلالية : بأنه غير ظاهر على القول المفتى به من إفادتها الملك بالقبض فليحفظ (والمانع) من تمام القبض (شيوع مقارن) للعقد (لا طارئ) كأن يرجع فى بعضها شائعا فإنه لا يفسد اتفاقا (والاستحقاق) شيوع (مقارن) لا طارئ فيفسد الكل حتى لو وهب أرضا وزرعا وسلمهما فاستحق الزرع بطلت فى الأرض ، لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة والاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ماقبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا كما زعمه صدر الشريعة وإن تبعه ابن الكمال فتنبه (ولا تصح هبة لبن فى ضرع وصوف على غنم ونخل فى أرض وتمر فى نخل) لأنه كمشاع (ولو فصله وسلمه جاز) لزوال المانع وهل يكفى فصل الموهوب له

للموهوب له فاغتنمه ، وإنما أكثرت النقل فى مثل هذه لكثرة وقوعها وعدم تنبيه أكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف ورجاء لدعوة نافعة فى الغيب (قوله بالقبض) لكن ملكا خبيثا وبه يفتى قهستانى أى وهو مضمون كما علمته آنفا فتنبه وفى حاشية المنح ومع إفادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له تأمل (قوله فى البزازية) عبارتها وهل يثبت الملك بالقبض قال الناطفى عند الإمام : لا يفيد الملك وفى بعض الفتاوى يثبت فيها فاسدا وبه يفتى ، ونص فى الأصل أنه لو وهب نصف داره من آخر وسلمها إليه فباعها الموهوب له لم يجز دل أنه لا يملك حيث أبطل البيع بعد القبض ، ونص فى الفتاوى أنه هو المختار ورأيت بخط بعض الأفاضل على هامش المنح بعد نقله ذلك وأنت تراه عزا رواية إفادة الملك بالقبض والإفتاء بها إلى بعض الفتاوى فلا تعارض رواية الأصل ولذا اختارها قاضيخان ، وقوله لفظ الفتوى الخ قد يقال بمنع عمومه لا سيما مثل هذه الصيغة فى مثل سياق البزازى ، فإذا تأملته تقضى برجحان ما دل عليه الأصل اهـ (قوله وتعقبه) قد علمت ما فيه مما قدمناه عن الخيرية فتنبه (قوله للعقد لا طارئ) أقول : منه ما لو وهب دارا فى مرضه وليس له سواها ثم مات ولم يجز الورثة الهبة بقيت الهبة فى ثلثها وتبطل فى الثلثين كما صرح به فى الخانية (قوله البعض الشائع) أى حكما لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشىء واحد فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة ، فتبطل الهبة فى الباقى كذا فى الكافى درر قال فى الخانية والزرع لا يشبه المتاع (قوله بالبينة) لينظر فيما لو ظهر بإقرار الموهوب له أما بإقرار الواهب فالظاهر أنه لغو ، لأنه أقر بملك الغير (قوله لأنه كمشاع) قال فى شرح الدرر هذه نظائر المشاع لا أمثلتها(١) فلا شيوع فى شىء منها لكنها فى حكم المشاع ، حتى إذا فصلت وسلمت صح ، وقوله لأنه بمنزلة المشاع :

أقول : لا يذهب عليك أنه لايلزم أن يأخذ حكمه فى كل شىء ، وإلا لزم أن لا تجوز هبة النخل من صاحب الأرض ، كذا عكسه ، والظاهر خلافه ، والفرق بينهما أنه ما من جزء من المشاع وإن دق إلا وللشريك فيه ملك فلا تصح هبته ، ولو من الشريك لأن القبض الكامل فيه لا يتصور ، وأما نحو النخل فى الأرض والتمر فى النخل والزرع فى الأرض ، لو كان كل واحد منها لشخص فوهب صاحب النخل نخله كله لصاحب الأرض أو عكسه فإن الهبة تصح لأن ملك كل منهما متميز عن الآخر ، فيصح قبضه بتمامه ولم أر من صرح به لكن يؤخذ الحكم من كلامهم ولكن إذا وجد النقل فلا يسعنا إلا التسليم .

---

(١) (قوله لا أمثلتها) لعل الأولى لا أمثلته وقوله لأنه بمنزلة المشاع لعل ذلك فى نسخته وإلا فعبارة الشارح الى بأيدينا لأنه كشاع وعبارة شرح الدرر لكنها فى حكم المشاع والمآل واحد اهـ مصححه .

بإذن الواهب ؟ ظاهر الدرر : نعم (بخلاف دقيق فى برّ ودهن فى سمسم وسمن فى لبن) حيث لا يصح أصلا لأنه معدوم فلا يملك إلا بعقد جديد (وملك) بالقبول (بلا قبض جديد لو الموهوب فى يد الموهوب له) ولو بغصب أو أمانة لأنه حينئذ عامل لنفسه والأصل أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر ، وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى لا عكسه (وهبة من له ولاية على الطفل فى الجملة) وهو كل من يعوله فدخل الأخ والعم عند عدم الأب لو فى عيالهم (تتم بالعقد) لو الموهوب معلوما وكان فى يده أو يد مودعه ، لأن قبض الولى ينوب

[فرع] له عليه عشرة فقضاها فوجد القابض دانقا زائدا فوهبه للدائن أو للبائع أن الدراهم صحاحا يضرها التبعيض يصح لأنه مشاع لا يحتمل القسمة وكذا هبة بعض الدراهم والدنانير إن ضرها التبعيض تصح وإلا لا بزازية (قوله ظاهر الدرر نعم) أقول صرح به فى الخانية فقال : ولو وهب زرعا بدون الأرض أو تمرا بدون النخل وأمره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز لأن قبضه بالإذن يصح فى المجلس وبعده وفى الحامدية عن جامع الفتاوى ولو وهب زرعا فى أرض أو ثمرا فى شجر أو حلية سيف أو بناء دار أو دينارا على رجل أو قفيزا من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والقبض والكيل ففعل صح استحسانا الخ (قوله أصلا) أى وإن سلمها مفرزة (قوله لأنه معدوم) أى حكما وكذا لو وهب الحمل وسلم بعد الولادة لا يجوز ، لأن فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم منح (قوله جديد) وهذا لأن الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين آخر على ما عرف فى الغصب بخلاف المشاع ، لأنه محل للملك لا أنه لا يمكن تسليمه فإذا زال المانع جاز منح (قوله بالقبول) إنما اشترط القبول نصا لأنه إذا لم يوجد كذلك يقع الملك فيها بغير رضاه ، لأنه لا حاجة إلى القبض ولا يجوز ذلك لما فيه من توهم الضرر ، بخلاف ما إذا لم يكن فى يده وأمره بقبضه فإنه يصح إذا قبض ولا يشترط القبول لأنه إذا قدم على القبض كان ذلك قبولا ورضا منه بوقوع الملك له فيملكه ط ملخصا . وهذا معنى قوله بعد لأنه حينئذ عامل لنفسه أى حين قبل صريحا (قوله بلا قبض) أى بأن يرجع إلى الموضع الذى فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها قهستانى (قوله ولو بغصب) انظر الزيلعى (قوله عن الآخر) كما إذا كان عنده وديعة فأعارها صاحبها له فإن كلا منهما قبض أمانة فناب أحدهما عن الآخر (قوله عن الأدنى) فناب قبض المغصوب والمبيع فاسدا عن قبض المبيع الصحيح ، ولا ينوب قبض الأمانة عنه منح (قوله لا عكسه) فقبض الوديعة مع قبض الهبة يتجانسان لأنهما قبض أمانة ومع قبض الشراء يتغايران لأنه قبض ضمان فلا ينوب الأول عنه كما فى المحيط ، ومثله فى شرح الطحاوى ، لكنه ليس على إطلاقه فإنه إذا كان مضمونا بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب كما فى المستصفى ، ومثله فى الزاهدى ، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد وتمامه فى العمادى قهستانى (قوله على الطفل) فلو بالغا يشترط قبضه ولو فى عياله تتارخانية (قوله فى الجملة) أى ولو لم يكن له تصرف فى ماله (قوله بالعقد) أى الإيجاب فقط كما يشير إليه الشارح كذا فى الهامش وهذا إذا أعلمه أو أشهد عليه والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته والإعلام لازم لأنه بمنزلة القبض بزازية ، قال فى التاترخانية : فلو أرسل العبد فى حاجة أو كان آبقا فى دار الإسلام فوهبه من ابنه صحت فلو لم يرجع العبد حتى مات الأب لا يصير ميراثا عن الأب اه (قوله لو الموهوب الخ) لعله احتراز عن نحو وهبته شيئا من مالى تأمل (قوله معلوما) قال محمد رحمه الله كل شىء وهبه لابنه الصغير ، وأشهد عليه وذلك الشىء معلوم فى نفسه فهو جائز ، والقصد أن يعلم ما وهبه له والإشهاد ليس بشرط لازم لأن الهبة تتم بالإعلام تاترخانية (قوله أو يد مودعه) أى أو يد مستعيره لا كونه فى يد غاصبه أو مرتهنه

عنه والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب (وإن وهب له أجنبى يتم بقبض وليه) وهو أحد أربعة : الأب ، ثم وصيه ، ثم الجد ، ثم وصيه ، وإن لم يكن فى حجرهم وعند عدمهم تتم بقبض من يعوله كعمه (وأمه وأجنبى) ولو ملتقطا (لو فى حجرهما) وإلا لا لفوات الولاية (وبقبضه لو مميزا) يعقل التحصيل (ولو مع وجود أبيه) مجتبى لأنه فى النافع المحض كالبالغ ، حتى لو وهب له أعمى لانفع له وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله أشباه :

قلت : لكن فى البرجندى اختلاف فيما لو قبض من يعوله والأب حاضر فقيل : لا يجوز والصحيح هو الجواز اه : وظاهر القهستانى ترجيحه ، وعزاه لفخر الإسلام وغيره على خلاف ما اعتمده المصنف فى شرحه ، وعزاه للخلاصة لكن معنه يحتمله بوصل ولو بأمه والأجنبى أيضا فتأمل (وصح رده

أو المشترى منه بشراء فاسد بزازية : قال السائحانى : إنه إذا انقضت الإجارة أو ارتد الغصب تم الهبة كما تم فى لظائره (قوله يتولاه) كبيعه ماله من طفله تاترخانية (قوله ثم وصيه) ثم الوالى ثم القاضى ووصى القاضى كما سيأتى فى المأذون ؛ ومر قبيل الوكالة فى الخصومة والوصى كالأب والأم كذلك لو الصبى فى عيالهما إن وهبت له أو وهب له تملك الأم القبض ، وهذا إذا لم يكن للصبى أب ولا جد ولا وصيهما ، وذكر الصدر أن عدم الأب لقبض الأم ليس بشرط ، وذكر فى الرجل إذا زوّج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة لها ، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ ؛ وفى التجريد : قبض الزوج يجوز إذا لم يكن الأب حيا ، فلو أن الأب ووصيه والجد ووصيه غائب غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتولاه ، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير فى عياله أولا وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبياً وإن لم يكن واحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبى فى حجره ، ولم يجز قبض من لم يكن فى عياله بزازية قال فى البحر : والمراد بالوجود الحضور اه :

وفى غاية البيان : ولا تملك الأم وكل من يعول الصغير مع حضور الأب وقال بعض مشايخنا : يجوز إذا كان فى عيالهم كالزوج وعنه احترز فى المتن بقوله فى الصحيح اه ويملك الزوج القبض لها مع حضور الأب ، بخلاف الأم وكل من يعولها غير الزوج ، فإنهم لايملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لأن تصرف هؤلاء للضرورة لابتفويض الأب ، ومع حضور الأب لاضرورة جوهرة . وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتلوه فى الولاية ، لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت للمنفعة للصغير فتنقل الولاية إلى من يتلوه كما فى الإنكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء مع وجود أحدهم ، ولو فى عيال القابض أو رحما محرما منه كالأخ والعم والأم بدائع ملخصا ولو قبض له من هو فى عياله مع حضور الأب قيل : لا يجوز ، وقيل : يجوز وبه يفتى مشتمل الأحكام والصحيح الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر خانية والفتوى على أنه يجوز استروشنى ؛ فقد علمت أن الهداية والجوهرة على تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب ، وبه جزم صاحب البدائع وقاضيخان وغيره من أصحاب الفتاوى صححوا خلافه ، وكن على ذكر مما قالوا لايعدل عن تصحيح قاضيخان ، فإنه فقيه النفس ولا سيما وفيه هنا نفع للصغير فتأمل عند الفتوى ، وإنما أكثرت من النقول لأنها واقعة الفتوى وبعض هذه النقول نقلتها من خط منلا على التركمانى واعتمدت فى عزوها عليه فإنه ثقة ثبت رحمه الله تعالى (قوله عدمهم) ولو بالغيبة المنقطعة (قوله يعقل التحصيل) تفسير التمييز (قوله لكن) استدراك على قوله وعند عدمهم ح (قوله بوصل ولو بأمه) يعنى جاز وصل قول المتن ولو مع وجود أبيه بقوله بأمه وأجنبى ح كذا فى الهامش (قوله ولو بأمه) متعلق بوصل (قوله وصح رده) أى رد الصبى وانظر حكم

لها كقبوله) سراجية وفيها حسنات الصبى له ولأبويه أجر التعليم ونحوه ويباح لوالديه أن يأكلا من مأكول وهب له ، وقيل لا انتهى ، فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا لحاجة وضعوا هدايا الختان بين يدى الصبى فما يصلح له كثياب الصبيان فالهدية له وإلا فإن المهدى من أقرباء الأب أو معارفه فللأب أو من معارف الأم فللأم قال هذا لصبى أولا ولو قال : أهديت للأب أو للأم فالقول له وكذا زفاف البنت خلاصة وفيها : اتخذ لولده أو لتلميذه ثيابا ثم أراد دفعها لغيره ليس له ذلك مالم يبين وقت الاتخاذ أنها عارية ، وفى المبتغى ثياب البدن يملكها بلبسها بخلاف نحو ملحفة ووسادة : وفى الخانية لابأس بتفضيل بعض الأولاد فى المحبة لأنها عمل القلب وكذا فى العطايا إن لم يقصد به الإضرار وإن قصده فسوى بينهم يعطى البنت كالابن عند الثانى وعليه الفتوى ولو وهب فى صحته كل المال للولد جاز وأثم وفيها : لايجوز أن يهب شيئا من مال طفله ولو بعوض لأنها تبرع ابتداء وفيها ويبيع القاضى ماوهب للصغير حتى لايرجع الواهب فى هبته (ولو قبض زوج الصغيرة) أما البالغة فالقبض لها (بعد الزفاف

رد الولى والظاهر أنه لا يصح حتى لو قبل الصبى بعد رد وليه يصح ط (قوله لها) أى للهبة (قوله وهب له) قال فى التاترخانية روى عن محمد نصا أنه يباح : وفى الذخيرة وأكثر مشايخ بخارى على أنه لا يباح ، وفى فتاوى سمرقند إذا أهدى الفواكه للصغير يحل للأبوين الأكل منها إذا أريد بذلك الأبوان لكن الإهداء للصغير استصغارا للهدية اهـ :

قلت : وبه يحصل التوفيق ويظهر ذلك بالقرائن وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره بل غيره أظهر فتأمل (قوله فأفاد) أصله لصاحب البحر وتبعه فى المنح (قوله إلا لحاجة) قال فى التاترخانية وإذا احتاج الأب إلى مال ولده فإن كانا فى المصر واحتاج لفقره أكل بغير شىء وإن كانا فى المفازة واحتاج إليه لانعدام الطعام معه فله الأكل بالقيمة اهـ (قوله فالقول له) لأنه هو المملك (قوله وكذا زفاف البنت) أى على هذا التفصيل بأن كان من أقرباء الزوج أو المرأة أو قال المهدى : أهديت للزوج أو المرأة كما فى التاترخانية. وفى الفتاوى الخيرية سئل فيما يرسله الشخص إلى غيره فى الأعراس ونحوها هل يكون حكمه حكم القرض فيلزمه الوفاء به أم لا ؟ أجاب : إن كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البدل يلزم الوفاء به مثليا فبمثله ، وإن قيميا فبقيمته وإن كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا ينظرون فى ذلك إلى إعطاء البدل فحكمه حكم الهبة فى سائر أحكامه فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك ، والأصل فيه أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا اهـ :

قلت : والعرف فى بلادنا مشترك نعم فى بعض القرى يعدونه فرضا حتى إنهم فى كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم ما يهدى فإذا جعل المهدى وليمة يراجع المهدى الدفتر فيهدى الأول إلى الثانى مثل ما أهدى إليه (قوله لولده) أى الصغير وأما الكبير فلا بد من التسليم كما فى جامع الفتاوى وأما التلميذ فلو كبيرا فكذلك ، ويملك الرجوع عن هبته لو أجنبيا مع الكراهة ويمكن حمل قوله ليس له الرجوع عليه سائحانى (قوله أو لتلميذه) مسألة التلميذ مفروضة بعد دفع الثياب إليه قال فى الخانية : اتخذ شيئا لتلميذه فأبق التلميذ بعد مادفع إليه إن بين وقت الاتخاذ أنه إعارة يمكنه الدفع إليه(١) فافهم (قوله وإن قصده) بسكون الصاد ورفع الدال وعبارة المنح وإن قصد به الإضرار وهكذا رأيته فى الخانية (قوله وعليه الفتوى) أى على قول أبى يوسف : من أن التنصيف بين الذكر والأنثى أفضل من التثليث الذى هو قول محمد رملى (قوله ولو بعوض) وأجازها محمد بعوض مساو

---

(١) قوله (يمكنه الدفع إليه) لعل صوابه إلى غيره وليحرر اهـ مصححه .

ما وهب لها صح) قبضه ولو بحضرة الأب فى الصحيح لنيابته عنه فصح قبض الأب كقبضها مميزة (وقبله) أى الزفاف (لا) يصح لعدم الولاية (وهب اثنان دارا لواحد صح) لعدم الشيوع (وبقلبه) لكبيرين (لا) عنده للشيوع فيما يحتمل القسمة أما مالا يحتمله كالبيت فيصح اتفاقا قيدنا بكبيرين لأنه لو وهب لكبير وصغير فى عيال الكبير أولا بنية صغير وكبير لم يجز

كما يذكر آخر الباب الآتى وعبارة المجمع ، وأجازها محمد بشرط عوض مساو اه . وسيأتى قبيل المتفرقات سئل أبو مطيع عن رجل قال لآخر : ادخل كرمى وخذ من العنب كم يأخذ؟ قال : يأخذ عنقودا واحدا وفى العتابية هو المختار وقال أبو الليث : مقدار ما يشبع إنسان تاترخانية ، وفيها عن التتمة سئل عمر النسفى عمن أمر أولاده أن يقتسموا أرضه التى فى ناحية كذا بينهم ، وأراد به التمليك فاقتسموها ، وتراضوا على ذلك هل يثبت لهم الملك أم يحتاج إلى أن يقول لهم الأب ملكتكم هذه الأراضى ، أو يقول : لكل واحد منهم ملكتك هذا النصيب المفرز؟ فقال لا . وسئل عنها الحسن فقال : لا يثبت لهم الملك إلا بالقسمة ، وفى تجنيس الناصرى ، ولو وهب دارا لابنه الصغير ثم اشترى بها أخرى فالثانية لابنه الصغير خلافا لزفر ، ولو دفع إلى ابنه مالا فتصرف فيه الابن يكون للابن إذا دلت دلالة على التمليك اه :

وسئل الفقيه عن امرأة وهبت مهرها الذى لها على الزوج لابن صغير له وقبل الأب قال أنا فى هذه المسألة واقف فيحتمل الجواز كمن كان له عبد عند رجل وديعة فأبق العبد ووهبه مولاه من ابن المودع فإنه يجوز : وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة فقال لا يجوز وقال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ وفى العتابية وهو المختار تاترخانية (قوله دارا) المراد بها ما يقسم (قوله وبقلبه) وهو هبة واحد من اثنين قال فى الهامش دفع لرجل ثوبين وقال أيهما شئت فلك ، والآخر لابنك فلان إن يكن قبل أن يتفرقا جاز وإلا لا :

له على آخر ألف نقد وألف غلة فقال وهبت منك أحد المالين جاز والبيان إليه وإلى ورثته بعد موته بزازية (قوله لكبيرين) أى غير فقيرين وإلا كانت صدقة فتصح كما يأتى (قوله يحتمل القسمة) انظر القهستانى (قوله بكبيرين) هذه عبارة البحر وقد تبعه المصنف وظاهرها أنهما لو كانا صغيرين فى عياله جاز عندهما وفى البزازية ما يدل عليه فراجعه. وأقول : كان الأولى عدم هذا القيد لأنه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير عند أبى حنيفة ويقول أطلق ذلك ، فأفاد أنه لا فرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيرا والآخر صغيرا ، وفى الأولين خلافهما رملى (قوله فى عيال الكبير) صوابه فى عيال الواهب كما يدل عليه كلام البحر وغيره (قوله أو لابنيه الخ) عبارة الخانية وهب داره لابنين له أحدهما صغير فى عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم إليهما جملة ، فإن الهبة جائزة لأنه لم يوجد الشيوع وقت العقد ، ولا وقت القبض وأما إذا كان أحدهما صغيرا فكما وهب يصير قابضا حصة الصغير فيتمكن الشيوع وقت القبض اه فليتأمل ثم ظهر أن هذا التفصيل مبنى على قولهما ، أما عنده فلا فرق بين الكبيرين وغيرهما فى الفساد (قوله لم يجز) والحيلة أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما بزازية ، وأفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجح لسبق قبض أحدهما ، وحيث اتحد وليهما فلا شيوع فى قبضه . ويؤيده قول الخانية دارى هذه لولدى الأصاغر يكون باطلا لأنها هبة ، فإذا لم يبين الأولاد كان باطلا اه فأفاد أنه لو بين صح ، ورأيت فى الأنقروى عن البزازية أن الحيلة فى صحة الهبة لصغير مع كبير أن يسلم الدار للكبير ويهبها منهما ، ولا يرد ما مر عن الخزانة ولو تصدق بدار على ولدين له صغيرين لم يجز ، لأنه مخالف لما فى المتون والشروح سائحانى : أى من أن الهبة لمن

اتفاقا وقيدنا بالهبة لجواز الرهن والإجارة من اثنين اتفاقا (وإذا تصدق بعشرة) دراهم (أو وهبها لفقيرين صح) لأن الهبة للفقير صدقة والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع (لا لغنيين) لأن الصدقة على الغنى هبة فلا تصح للشيوع أى لا تملك حتى لو قسمها وسلمها صح .

[فروع] وهب لرجلين درهما إن صحيحا صح وإن مغشوشا لا لأنه مما يقسم لكونه فى حكم العروض .

معه درهمان فقال لرجل : وهبت لك أحدهما أو نصفهما إن استويا لم يجز ، وإن اختلفا جاز لأنه مشاع لا يقسم ولذا لو وهب ثلثهما جاز مطلقا .

تجوز هبة حائط بين داره ودار جاره لجار وهبة البيت من الدار فهذا يدل على كون سقف الواهب على الحائط واختلاط البيت بحيطان الدار لايمنع صحة الهبة مجتبى :

باب الرجوع فى الهبة

(صح الرجوع فيها بعد القبض) أما قبله فلم تتم الهبة (مع انتفاع مانعه) الآتى (وإن كره) الرجوع (تحريما) وقيل تنزيها نهاية (ولو مع إسقاط حقه من الرجوع) فلا يسقط بإسقاطه خانية : وفى الجواهر لا يصح الإبراء عن الرجوع ولو صالحه من حق الرجوع على شىء صح وكان عوضا عن الهبة لكن سيجىء

له ولاية تتم بالعقد (قوله اتفاقا) لتفرق القبض (قوله صدقة) انظر ما نكتبه بعد الباب عند قول المتن والصدقة كالهبة ، وفى المضمرات ولو قال : وهبت منكما هذه الدار والموهوب لهما فقيران صحت الهبة بالإجماع تاترخانية لكن قال بعده ، وفى الأصل هبة الدار من رجلين لا تجوز وكذا الصدقة ، فيحتمل أن قوله وكذا الصدقة أى على غنيين ، والأظهر أن فى المسألة روايتين اهـ : قال فى البحر : وصحح فى الهداية ما ذكره فى الفرق (قوله لا لغنيين) هذا قوله وقالا يجوز وفى الأصل أن الهبة لا تجوز ، وكذا الصدقة عنده ففى الصدقة عنه روايتان خانية (قوله لا تملك) تقدم أن المفتى به أن الفاسدة تملك بالقبض ، فهو مبنى على ماقدمنا ترجيحه تأمل (قوله لو قسمها الخ) قاله فى البحر (قوله إن استويا) أى وزنا وجودة خانية (قوله جاز) مخالف لما فى الخانية فإنه ذكر التفصيل فيما إذا قال نصفهما ثم قال وإن قال أحدهما لك هبة لم يجز كانا سواء أو مختلفين (قوله ثلثهما جاز) هذا يفيد أن المراد بقوله سابقا أو نصفهما واحد منهما لا نصف كل ، وإلا فلا فرق بينه وبين الثلث فى الشياع ، بخلاف حمله على أن المراد أحدهما فإنه مجهول فلا يصح (قوله مطلقا) استويا أو اختلفا منح (قوله تجوز هبة حائط الخ) وفى الذخيرة هبة البناء دون الأرض جائزة وفى الفتاوى عن محمد فيمن وهب لرجل غلة وهى قائمة لا يكون قابضا لها حتى يقطعها ويسلمها إليه وفى الشراء إذا خلى بينه وبينها صار قابضا لها متفرقات التاترخانية وقدمنا نحوه عن حاشية الفصولين للرملى :

باب الرجوع فى الهبة

فى الهامش ولو قال الواهب : أسقطت حقى فى الرجوع لايبطل حقه فيه بزازية (قوله لكن سيجىء) أى عن المجتبى والضمير فى اشتراطه للعوض : قال الرملى : وقد يقال ما فى الجواهر لم يدخل فى كلام المجتبى إذ ما فى الجواهر صلح عن حق الرجوع نصا وقد صح الصلح فلزم سقوطه ضمنا بخلاف ما لو أسقطه قصدا فكم من شىء يثبت ضمنا ولايثبت قصدا ، وليس بحق مجرد حتى يقال بمنع الاعتياض عنه كما هو ظاهر وما فى المجتبى

اشتراطه فى العقد (ويمنع الرجوع فيها) حروف (دمع خزقه) يعنى الموانع السبعة الآتية (فالدال الزيادة) فى نفس العين الموجبة لزيادة القيمة (المتصلة) وإن زالت قبل الرجوع كأن شب ثم شاخ لكن فى الخانية مايخالفه واعتمده القهستانى فليتنبه له ، لأن الساقط لا يعود (كبناء وغرس) إن عدا زيادة فى كل الأرض وإلا رجع ولو عدا فى قطعة منها امتنع فيها فقط زيلعى (وسمن) وجمال وخياطة وصبغ وقصر ثوب وكبر صغير وسماع أصم وإبصار أعمى وإسلام عبد ومداواته وعفو جناية وتعليم قرآن أو كتابة أو قراءة ونقط مصحف بإعرابه ، وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلا ونحوها .

وفى البزازية : والحبل إن زاد خيرا منع الرجوع

مسألة أخرى فتأمله (قوله اشتراطه) أى العوض لكن سيجىء البحث فى هذا الاشتراط (قوله ويمنع الرجوع الخ) هو كقول بعضهم :

ويمنع الرجوع فى فضل الهبه يا صاحبى حروف دمع خزقه

قال الرملى : قد نظم ذلك والدى العلامة شيخ الإسلام محيى الدين فقال :

منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت عوض

وخروجها عن ملك موهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض

(قوله يعنى الموانع) لا يقال بقى من الموانع الفقر لما سيأتى أنه لارجوع فى الهبة للفقير لأنها صدقة شرنبلالية (قوله فالدال الزيادة) قيد بها لأن النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب له أولا غير مانع بحر وفى الحبل كلام يأتى (قوله فى نفس العين) خرج الزيادة من حيث السعر فله الرجوع بحر (قوله القيمة) خرج الزيادة فى العين فقط كطول الغلام وفداء الموهوب له لو جنى الموهوب خطأ بحر وتمامه فيه (قوله كأن شب ثم شاخ) فيه أنه من قبيل زوال المانع كما قاله الإسبيجابى ولهذا سموها موانع وعبارة القهستانى مانع الزيادة إذا ارتفع كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما فى المحيط وغيره ، ومن الظن أنه ينافيه ما فى النهاية أنه حين زاد لايعود حق الرجوع بعده لأنه قال ذلك فيما إذا زاد وانتقص جميعا كما صرح به نفسه اهـ .

قلت : فى التاترخانية ولو كانت الزيادة بناء فإنه يعود حق الرجوع والمانع من الرجوع الزيادة فى العين كذا ذكر شمس الأئمة السرخسى (قوله لأن الساقط) تعليل لما يفهم من قوله فليتنبه له فإنه بمنزلة قوله وفيه نظر ح (قوله وإلا رجع) أى إن لم يعدا زيادة رجع قال فى الخانية : وهب دارا فبنى الموهوب له فى بيت الضيافة التى تسمى بالفارسية كاسناه تنورا للخبز كان للواهب أن يرجع لأن مثل هذا يعد نقصانا لا زيادة اهـ (قوله ولو عدا الخ) مفهوم قوله فى كل الأرض وقوله : فى قطعة منها بأن كانت عظيمة (قوله ومداواته) أى لو كان مريضا من قبل فلو مرض عنده فداواه لا يمنع الرجوع بحر (قوله وحمل تمر) قال الزيلعى ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته ، واحتاج فيه إلى مؤنة النقل ، ذكر فى المنتقى أن عندهما ينقطع الرجوع ، وعند أبى يوسف لا ، لأن الزيادة لم تحصل فى العين ، فصار كزيادة السعر : ولهما أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل بخلاف نفقة العبد ، لأنها ببدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل اهـ :

قلت : ورأيت فى شرح السير الكبير للسرخسى أنه لو كانت الهبة فى دار الحرب ، فأخرجها الموهوب له إلى موضع يقدر فيه على حملها لم يكن للواهب الرجوع لأنه حدث فيها زيادة بصنع الموهوب له فإنها كانت مشرفة على الهلاك فى مضيعة ، وقد أحياها بالإخراج من ذلك الموضع اهـ لكنه ذكر ذلك فى صورة ما إذا ألقى شيئا وقال حين ألقاها من أخذه فهو له ذكره فى التاسع والتسعين اهـ (قوله وفى البزازية) أقول ما فى البزازية جزم به

وإن نقص لا ولو اختلفا فى الزيادة ففى المتولدة ككبر ، القول للواهب وفى نحو بناء وخياطة وصبغ للموهوب له خانية وحاوى ومثله فى المحيط لكنه استثنى ما لوكان لا يبنى فى مثل تلك المدة (لا) تمنع الزيادة (المنفصلة كولد وأرش وعقر) وثمرة فيرجع فى الأصل لا الزيادة لكن لا يرجع بالأم حتى يستغنى الولد عنها كذا نقله القهستانى لكن نقل البرجندى وغيره أنه قول أبي يوسف فليتنبه له :

ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع ؟ قال فى السراج : لا وقال الزيلعى : نعم .

وفى الجوهرة مريض مديون بمستغرق وهب أمة فمات وقد وطئت يردها مع عقرها هو المختار

فى الخلاصة (قوله وإن نقص لا) قال فى الهداية والجوارى فى هذا تختلف فمنهن من إذا حبلت اصفر لونها ودق ساقها ، فيكون ذلك نقصا فيها لا يمنع للواهب من الرجوع اه وينبغى حمل هذا على ما إذا كان الحبل من غير الموهوب له فلو منه لا رجوع ، لأنها ثبت لها بالحمل منه وصف لا يمكن زواله وهو أنها تأهلت لكونها أم ولده كما إذا ولدت منه بالفعل كما ذكره بعض المتأخرين تفقها وقد ذكروا أن الموهوب له إذا دبر العبد الموهوب انقطع الرجوع ط (قوله كولد) بنكاح أو سفاح بزازية (قوله قول أبي يوسف) أقول وظاهر الخانية اعتماد خلافه حيث قال : ولو ولدت الهبة ولدا كان للواهب أن يرجع فى الأم فى الحال وقال أبو يوسف : لا يرجع حتى يستغنى الولد عنها ثم يرجع فى الأم دون الولد اه وكتبنا فى أول العتق عند قوله : والولد تبع الأم الخ مسألة الحبل فراجعها (قوله ولو حبلت) تقدم قريبا أن الحبل إن زاد خيرا منع وإن نقص لا فليكن التوفيق سائحانى (قوله ولم تلد) مفهومه أنها لو ولدت ثبت الرجوع كما لوزال البناء تأمل (قوله وقال الزيلعى الخ) والتوفيق مامر عن البزازية وعن الهندية (قوله نعم) لأنه لقصان وقدم فى باب خيار العيب عن النهر أن الحبل عيب فى بنات آدم لا فى البهائم اه (قوله مريض مديون الخ) :

[فروع] وهب فى مرضه ولم يسلم حتى مات بطلت الهبة ، لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج إلى القبض .

وهب المريض عبدا لا مال له غيره ، ثم مات وقد باعه الموهوب له لاينقض البيع ، ويضمن ثلثيه وإن أعتقه الموهوب له والواهب مديون ولا مال له غيره قبل موته جاز وبعد موت الواهب لا لأن الاعتاق فى المرض وصية : وهى لاتعمل حال قيام الدين ، وإن أعتقه الواهب قبل موته ومات لاسعاية على العبد لجواز الاعتاق ولعدم الملك يوم الموت بزازية ورأيت فى مجموعة منلا على الصغيرة بخطه عن جواهر الفتاوى كان أبو حنيفة حاجا فوقعت مسألة الدور بالكوفة ، فتكلم كل فريق بنوع فذكروا له ذلك حين استقبلوه فقال من غير فكر ولا روية أسقطوا السهم الدائر تصح المسألة مثاله مريض وهب عبدا له من مريض ، وسلمه إليه ثم وهبه من الواهب الأول وسلمه إليه ، ثم ماتا جميعا ولا مال لهما غيره ، فإنه وقع فيه الدور ، حتى رجع إليه شيء منه زاد فى ماله وإذا زاد فى ماله زاد فى ثلثه وإذا زاد فى ثلثه زاد فيما يرجع إليه وإذا زاد فيما يرجع إليه زاد فى ثلثه ثم لايزال كذلك فاحتيج إلى تصحيح الحساب ، وطريقه أن تطلب حسابا له ثلث وأقله تسعة ثم تقول : صحت الهبة فى ثلاثة منها ويرجع من الثلاثة سهم إلى الواهب الأول فهذا السهم هو سهم الدور فأسقطه من الأصل بقى ثمانية ومنها تصح وهذا معنى قول أبي حنيفة أسقطوا السهم الدائر ، وتصح الهبة فى ثلاثة من ثمانية والهبة الثانية فى سهم فيحصل للواهب الأول ستة ضعف ما صححناه فى هبته ، وصححنا الهبة الثانية فى ثلث ما أعطينا فثبت أن تصحيحه بإسقاط سهم الدور وقيل دع الدور يدور فى الهواء اه ملخصا وفيه حكاية عن محمد فلتراجع (قوله وقد وطئت) أى من الموهوب له

(والميم موت أحد العاقدين) بعد التسليم فلو قبله بطل ولو اختلفا والعين فى يد الوارث فالقول للوارث وقد نظم المصنف مايسقط بالموت فقال :

كفارة دية خراج ورابع ضمان لعتق هكذا نفقات
كذاهبة حكم الجميع سقوطها بموت لما أن الجميع صلات

(والعين العوض) بشرط أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض كل هبته (فإن قال خذه عوض هبتك أو بدلها) أو فى مقابلتها ونحو ذلك (فقبضه الواهب سقط الرجوع) ولو لم يذكر أنه عوض رجع كل بهبته (و)لذا (يشترط فيه شرائط الهبة) كقبض وإفراز وعدم شيوع ولو العوض مجانسا أو يسيرا ، وفى بعض نسخ المتن

أو غيره ط (قوله والميم الخ) لينظر مالو حكم بلحاقه مرتدا أما إذا مات الموهوب له فلأن الملك قد انتقل إلى الورثة . وأما إذا مات الواهب ، فلأن النص لم يوجب حق الرجوع إلا للواهب ، والوارث ليس بواهب درر :

قلت : مفاد التعليل أنه لو حكم بلحاقه مرتدا ، فالحكم كذلك وليراجع صريح النقل والله أعلم (قوله بطل) يعنى عقد الهبة ، والأولى بطلت أى لإنتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة سائحانى (قوله ولو اختلفا) أى الشخصان لابقيد الواهب والموهوب له وإن كان التركيب يوهمه بأن قال وارث الواهب ماقبضته فى حياته ، وإنما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له بل قبضته فى حياته والعبد فى يد الوارث ط (قوله فالقول للوارث) لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض بحر (قوله كفارة) سقوطها إذا لم يوص بها وكذا الخراج (قوله ديه) بسكون الهاء وخراج بإسكان الجيم(١) ولوقال هكذا لكان موزونا . خراج ديات ثم كفارة كذا . (قوله ضمان) أى إذا أعتق نصيبه موسرا فضمنه شريكه (قوله نفقات) أى غير المستدانة بأمر القاضى (قوله صلات) بكسر الصاد (قوله والعين العوض) وهب لرجل عبدا بشرط أن يعوضه ثوبا إن تقابضا جاز وإلا لا خانية (قوله سقط الرجوع) أى رجوع الواهب والمعوض كما فى الأنقروى وإليه يشير مفهوم الشارح سائحانى : قال فى الهامش : المرأة إذا أرادت أن يتزوجها الذى طلقها ، فقال المطلق : لاأتزوجك حتى تهبينى مالك على فوهبت مهرها الذى عليه على أن يتزوجها ثم أبى أن يتزوجها قالوا مهرها الذى عليه على حاله تزوجها أو لم يتزوجها لأنها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح ، وفى النكاح العوض لايكون على المرأة خانية وأفتى فى الخيرية بذلك اه (قوله رجع كل) برفع كل منونا عوضا عن المضاف إليه ، لأن التمليك المطلق يحتمل الإبتداء ، ويحتمل المجازاة فلا يبطل حق الرجوع بالشك مستصفى (قوله بهبته) ههنا كلام وهو أن الأصل المعروف كالملفوظ ، كما صرح به فى الكافى وفى العرف يقصد التعويض ، ولا يذكر خذ بدل هبتك ونحوه استحياء ، فينبغى أن لا يرجع ، وإن لم يذكر البدلية وفى الخانية بعث إلى امرأته هدايا ، وعوضته المرأة وزفت إليه ، ثم فارقها فادعى الزوج أن مابعثه عارية وأراد أن يسترد وأرادت المرأة أن تسترد العوض فالقول للزوج فى متاعه ، لأنه أنكر التمليك وللمرأة أن تسترد مابعثته إذ تزعم أنه عوض للهبة ، فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضا فلكل منهما استرداد متاعه وقال أبو بكر الإسكاف : إن صرحت حين بعثت أنه عوض فكذلك ، وإن لم تصرح به ولكن نوت أن يكون عوضا كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها ولايخفى أنه على هذا ينبغى أن يكون فى مسألتنا اختلاف يعقوبية (قوله أو يسيرا)

---

(١) قوله (وخراج بإسكان الجيم) فيه نظر والمناسب عبارة ط ونصها قال ح : هو من الطويل من الضرب الثالث منه والجزء الأول فيه للثلم والجزء الثانى مقبوض مع تسكين هاء ديه اه .

بدل الهبة العقد وهو تحريف (ولا يجوز للأب أن يعوّض عما وهب للصغير من ماله) ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلكل منهما الرجوع بحر (ولا يصح تعويض مسلم من نصرانى عن هبته خمرا أوخنزيرا) إذ لا يصح تمليكا من المسلم بحر (ويشترط أن لايكون العوض بعض الموهوب ، فلو عوضه البعض عن الباقى) لايصح (فله الرجوع فى الباقى) ولو الموهوب شيئين فعوضه أحدهما عن الآخر إن كانا فى عقدين صح وإلا لا لأن اختلاف العقد كاختلاف العين والدراهم تتعين فى هبة ورجوع مجتبى (ودقيق الحنطة يصلح عوضا عنها) لحدوثه بالطحن وكذا لو صبغ بعض الثياب أولت بعض السويق ثم عوضه صح خانية (ولو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد) ذلك الولد (بعد الهبة امتنع الرجوع وصح) العوض (من أجنبى ويسقط حق الواهب فى الرجوع إذا قبضه) كبدل الخلع (ولو) التعويض بغير إذن (الموهوب له) ولا رجوع ولو بأمره إلا إذا قال عوض عنى على أنى ضامن لعدم وجوب التعويض بخلاف قضاء الدين (و) الأصل أن (كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه مثبتا للرجوع من غير اشتراط الضمان ومالا فلا) إلا إذا شرط الضمان ظهيرية وحينئذ (فلو أمر المديون رجلا بقضاء دينه رجع عليه) وإن لم يضمن لوجوبه عليه لكن يخرج عن الأصل ما لو قال أنفق على بناء دارى أو قال الأسير اشترنى فإنه يرجع فيهما بلا شرط رجوع كفالة خانية مع أنه لا يطالب بهما لا بحبس ولا بملازمة فتأمل (وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وعكسه لا ما لم يرد ما بقى) لأنه

أى أقل من الموهوب ، لأن العوض ليس ببدل حقيقة وإلا لما جاز بالأقل للربا (قوله أن يعوض) وإن عوض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض بزازية (قوله من ماله) أى من مال الصغير ولو من مال الأب صح لما سيأتى من صحة التعويض من الأجنبى سائحانى (قوله وهب العبد) فوهب مبنى للمفعول أى وهب له شخص شيئا (قوله ثم عوض) أى عوض العبد عن هبته (قوله الرجوع) لعدم ملك التاجر المأذون الهبة فلم يصح العوض (قوله بحر) لأن العبد المأذون لايملك أن يهب أولا ولا آخرا فى التعويض سائحانى ، ويحتمل أن وهب مبنى للفاعل وعوض مبنى للمفعول (قوله من نصرانى) من بمعنى اللام (قوله خمرا) مفعول تعويض (قوله فى هبة) يعنى إذا وهبه دراهم تعينت فلو أبدلها بغيرها كان إعراضا منه عنها فلو أتى بغيرها ودفعه له فهو هبة مبتدأة ، وإذا قبضها الموهوب له وأبدلها بجنسها أو بغير جنسها لارجوع عليه ومثل الدراهم الدنانير ط (قوله ورجوع) أى ليس له أن يرجع إلا إذا كانت دراهم الهبة قائمة بعينها فلو أنفقها كان إهلاكا يمنع الرجوع ط (قوله بالطحن) أى فلا يقال إنه عين الموهوب أو بعضه (قوله ثم عوضه) أى البعض أى جعله عوضا عن الهبة لحصول الزيادة فكأنه شىء آخر (قوله امتنع الرجوع) لأنه ليس له الرجوع فى الولد فصح العوض (قوله ولا رجوع) أى للمعوض على الموهوب له ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أولا ، لأن التعويض ليس بواجب عليه فصار كما لو أمره أن يتبرع لإنسان إلا إذا قال على أنى ضامن بخلاف المديون إذا أمر رجلا بأن يقضى دينه حيث يرجع عليه ، وإن لم يضمن ، لأن الدين واجب عليه منح (قوله لعدم) علة لقوله ولا رجوع (قوله والأصل الخ) تقدم قبل كفالة الرجلين أصلان آخران (قوله لكن) استدراك على قوله ومالا فلا (قوله رجع بنصف العوض) قال فى الجوهرة: وهذا أى الرجوع فيما إذا لم يحتمل القسمة ، وإن فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل فى الباقى ويرجع بالعوض اه أى لأن الموهوب له تبين أنه لم يملك ذلك البعض المستحق ، فبطل العقد من الأصل لأنه هبة مشاع فيما يحتمل القسمة (قوله وعكسه لا) أى إن استحق نصف العوض لايرجع بنصف الهبة ، لأن النصف الباقى مقابل لكل الهبة فإن الباقى يصلح للعوض ابتداء ، فكان إبقاء إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه فى الرجوع إلا ليسلم له كل

يصلح عوضا ابتداء فكذا بقاء لكنه يخير ليسلم العوض ومراده العوض الغير المشروط أما المشروط فمبادلة كما سيجيء فيوزع البدل على المبدل نهاية (كما لو استحق كل العوض حيث يرجع فى كلها إن كانت قائمة لا إن كانت هالكة) كما لو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع خلاصة (وإن استحق جميع الهبة كان له أن يرجع في جميع العوض إن كان قائما وبمثله إن) العوض (هالكا وهو مثلى وبقيمته إن قيميا) غاية (ولو عوض النصف رجع بما لم يعوض) ولا يضر الشيوع لأنه طارئ :

[تنبيه] نقل فى المجتبى أنه يشترط فى العوض أن يكون مشروطا فى عقد الهبة أما إذا عوضه بعده فلا ولم أر من صرح به غيره وفروع المذهب مطلقة كما مر فتدبر (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) ولو بهبة إلا إذا رجع الثانى فللأول الرجوع سواء كان بقضاء أو رضا لما سيجيء أن الرجوع فسخ حتى لو عادت بسبب جديد بأن تصدق بها الثالث على الثانى أو باعها منه لم يرجع الأول ولو باع نصفه رجع فى الباقى لعدم المانع وقيد الخروج بقوله (بالكلية) بأن يكون خروجا عن ملكه من كل وجه ثم فرّع عليه بقوله (فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها وصارت لحما لا يمنع الرجوع) ومثله المتعة والقران والنذر مجتبى: وفى المنهاج وإن وهب له ثوبا فجعله صدقة لله تعالى فله الرجوع خلافا للثانى (كما لو ذبحها من غير تضحية) فله الرجوع اتفاقا :

[فرع] عبد عليه دين أو جناية خطأ فوهبه مولاه لغريمه أو لولى الجناية سقط الدين والجناية ثم لو رجع

العوض ولم يسلم له فله أن يرده (قوله ليسلم) الأولى لأنه لم يسلم له العوض (قوله الغير المشروط) أى فى العقد (قوله ولو عوض النصف الخ) عوضه في بعض هبته بأن كانت ألفا عوضه درهما منه ، فهو فسخ فى حق الدرهم ويرجع فى الباقى وكذا البيت فى حق الدار بزازية (قوله ولا يضر الشيوع) أى الحاصل بالرجوع في النصف (قوله ولم أر من صرح الخ) قائله صاحب المنح أقول : صرح به فى غاية البيان ونصه قال أصحابنا : إن العوض الذى يسقط به الرجوع ماشرط فى العقد فأما إذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع ، لأنه غير مستحق على الموهوب له وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع ، فيكون هبة مبتدأ وليس كذلك إذا شرط فى العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع ، ويتعلق به الشفعة ويرد بالعيب ، فدل أنه قد صار عوضا عنها وقالوا أيضا : يجب أن يعتبر فى العوض الشرائط المعتبرة فى الهبة من القبض ، وعدم الإشاعة لأنه هبة كذا فى شرح الأقطع ، وقال فى التحفة فأما العوض المتأخر عن العقد ، فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير فى معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء وإنما يكون الثانى عوضا عن الأول بالإضافة إليه نصا كهذا عوض عن هبتك ، فإن هذا عوض إذا وجد القبض ويكون هبة يصح ويبطل فيما تصح وتبطل به الهبة ، وأما إذا لم يضف إلى الأول يكون هبة مبتدأة ويثبت حق الرجوع فى الهبتين جميعا اهـ مع بعض اختصار ومفاده : أنهما قولان أو روايتان الأول لزوم اشتراطه فى العقد ، والثانى لا بل لزوم الإضافة إلى الأول ، وهذا الخلاف فى سقوط الرجوع ، وأما كونه بيعا انتهاء فلا نزاع فى لزوم اشتراطه فى العقد تأمل (قوله وفروع المذهب الخ) قلت : الظاهر أن الاشتراط بالنظر لما سبق من توزيع البدل على المبدل لا مطلقا وحينئذ فما فى المجتبى لا يخالف إطلاق فروع المذهب فتأمل أبو السعود المصرى (قوله كما مر) من دقيق الحنطة وولد إحدى جاريتين (قوله سواء كان) أى رجوع الثانى (قوله فسخ) فإذا عاد إلى الواهب الثانى ملكه عاد بما كان متعلقا به (قوله لم يرجع الأول) لأن حق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك درر عن المحيط (قوله لا يمنع الرجوع) وجازت الأضحية كما فى المنح عن المجتبى (قوله فجعله) أى الموهوب له (قوله عبد عليه دين الخ) صبى له على مملوك وصية دين ، فوهب الوصى عبده للصبى ، ثم أراد الوصى الرجوع فى ظاهر الرواية

صح استحسانا ولا يعود الدين والجناية عند محمد ورواية عن الإمام كما لا يعود النكاح لو وهبها لزوجها ثم رجع خانية (والزاى الزوجية وقت الهبة فلو وهب لامرأة ثم نكحها رجع ولو وهب لامرأته لا) كعكسه ؛

[فرع] لا تصح هبة المولى لأم ولده ولو فى مرضه ولا تنقلب وصية إذ لا يد للمحجور ، أما لو أوصى لها بعد موته تصح لعتقها بموته فيسلم لها كافى (والقاف القرابة ، فلو وهب لذى رحم محرم منه) نسبا (ولو ذميا أو مستأمنا لا يرجع) شمنى (ولو وهب لمحرم بلا رحم كأخيه رضاعا) ولو ابن عمه (ولمحرم بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأخيه وهو عبد لأجنبى أو لعبد أخيه رجع ولو كانا) أى العبد ومولاه (ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقا على الأصح) لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع بحر ؛

[فرع] وهب لأخيه وأجنبى ما لا يقسم فقبضاه له الرجوع فى حظ الأجنبى لعدم المانع درر (والهاء هلاك العين الموهوبة ولو ادعاه) أى الهلاك (صدق بلا حلف) لأنه ينكر الرد (فإن قال الواهب هى هذه) العين (حلف) المنكر (أنها ليست هذه) خلاصة (كما يحلف) الواهب (أن الموهوب له ليس بأخيه إذا ادعى الأخ (ذلك) لأنه يدعى مسبب النسب لا النسب خانية (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم)

له ذلك وعن محمد المنع بزازية (قوله استحسانا) قال فى الخانية : وفى القياس لا يصح رجوعه فى الهبة وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة والمعلى عن أبى يوسف وهشام عن محمد وعلى قول أبى يوسف إذا رجع فى الهبة ويعود الدين والجناية وأبو يوسف استفحش قول محمد ، وقال أرأيت لو كان على العبد دين لصغير فوهبه مولاه منه فقبل الوصى وقبض فسقط الدين ، فإن رجع بعد ذلك لو قلنا لا يعود الدين كان قبول الوصى الهبة تصرفا مضرا على الصغير ولا يملك ذلك وأما مسألة النكاح ففيها روايتان عن أبى يوسف فى رواية إذا رجع الواهب يعود النكاح اهـ (قوله كعكسه) أى لو وهبت لرجل ثم نكحها رجعت ولو ازوجها (قوله لذى رحم محرم) خرج من كان ذا رحم ، وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذى رحم درر ؛ فالأولى كابن العم ، فإذا كان أخاه من الرضاع أيضا فهو خارج أيضا واحترز عنه بقوله نسبا فإنه ليس بذى رحم محرم من النسب كما فى الشرنبلالية والثانى كالأخ رضاعا (قوله منه نسبا) الضمير فى منه للرحم فخرج الرحم غير المحرم كابن العم والمحرم غير الرحم كالأخ رضاعا والرحم المحرم الذى محرميته لا من الرحم كابن عم هو أخ رضاعا وعلى هذا لا حاجة إلى قوله نسبا . نعم يحتاج إليه لو جعل الضمير للواهب ليخرج به الأخير تدبر (قوله ولو ابن عمه) أى ولو كان أخوه رضاعا ابن عمه وهذا خارج بقوله منه أو بقوله نسبا لأن محرميته ليست من النسب بل من الرضاع . ولا يخفى أن وصله بما قبله غير ظاهر لأن قوله المحرم بلا رحم لا يشمله ، لكونه رحما ويمكن أن يقال قوله بلا رحم الباء فيه للسببية أى لمحرم بسبب غير الرحم كالباء فى قوله بعده بالمصاهرة (قوله ولمحرم) عطف على لمحرم فلا يمنع الرجوع باقانى (قوله والربائب الخ) وأزواج البنين والبنات خانية (قوله رجع) لأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب له إذا احتاج إليه وهذا عنده وقالا : يرجع فى الأولى دون الثانية كما فى البحر (قوله ذا رحم محرم) صورته أن يكون لرجل أختان لكل واحدة منهما ولد وأحد الولدين مملوك الآخر ، أو يكون له أخ من أبيه وأخ من أمه وأحدهما مملوك للآخر (قوله هلاك العين) وكذا إذا استهلكت كما هو ظاهر صرح به أصحاب الفتاوى رملى قلت وفى البزازية ولو استهلك البعض له أن يرجع بالباق (قوله مسبب النسب) بضم الميم وفتح السين وتشديد الباء وهو المال أى ادعى بسبب النسب مالا لازما وكان المقصود إثباته دون النسب منح (قوله ولا يصح الخ) قال قاضيخان وهب ثوبا لرجل ثم اختلسه منه . فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له لأن الرجوع فى الهبة لا يكون إلا بقضاء أو رضا سائحانى (قوله أو بحكم الحاكم الخ) الواهب إذا رجع فى هبته فى مرض الموهوب

للاختلاف فيه فيضمن بمنعه بعد القضاء لا قبله (وإذا رجع بأحدهما) بقضاء أو رضا (كان فسخا) لعقد الهبة (من الأصل وإعادة لملكه) القديم لا هبة للواهب (ف) لهذا (لا يشترط فيه قبض الواهب وصح) الرجوع (في الشائع) ولو كان هبة لما صح فيه (وللواهب رده على بائعه مطلقا) بقضاء أو رضا (بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء) لأن حق المشترى في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا ثم مرادهم بالفسخ من الأصل أن لا يترتب على العقد أثر في المستقبل لابطلان أثره أصلا وإلا لعاد المنفصل إلى ملك الواهب برجوعه فصولين (اتفقا) الواهب والموهوب له (على) الرجوع في (موضع لايصح) رجوعه من المواضع السبعة السابقة (كالهبة لقرابته جاز) هذا الإنفاق منهما جوهرة : وفي المجتبى لا تجوز الإقالة في الهبة والصدقة في المحارم إلا بالقبض لأنها هبة ثم قال : وكل شيء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لأنه غيرمقبوض وفي الدرر قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع (تلفت) العين (الموهوبة واستحقها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأنها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والإعارة كالهبة) هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه ولا غرور لعدم العقد وتمامه في العمادية (وإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين ويبطل) العوض (بالشيوع) فيما يقسم

له بغير قضاء يعتبر ذلك من جميع مال الموهوب له أو من الثلث فيه روايتان ذكر ابن سماعة في القياس يعتبر من جميع ماله خانية (قوله بمنعه) أي وقد طلبه لأنه تعدى فلو أعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك بعد القضاء لأنه أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه بحر (قوله وإعادة) بنصبه معطوف على فسخا (قوله لاهبة) أي كما قاله زفر رحمه الله (قوله في الشائع) بأن رجع لبعض ماوهب (قوله على بائعه) أي بحكم خيار العيب يعني ولم يعلم بالعيب قبل الهبة أبو السعود (قوله مطلقا) حال من رجوع الواهب (قوله وصف السلامة) ولهذا لو زال العيب امتنع الرد (قوله لعاد المنفصل) أي الزوائد المنفصلة المتولدة من الموهوب كذا في الهامش (قوله لايصح رجوعه) صفة للموضع كذا في الهامش (قوله لأنها هبة) أي الإقالة هبة أي مستقلة وعبارة البزازية استقال المتصدق عليه بالصدقة فأقاله لم يجز ، حتى يقبض لأنه هبة مستقلة وكذا إذا كانت الهبة لذي رحم محرم ، وكل شيء لايفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه وتمامه فيها فراجعها في نسخة صحيحة (قوله وكل شيء يفسخه) قيل الظاهر أنه سقط منه لفظة لا والأصل لايفسخه كما هو الواقع في الخانية اهـ وبه يظهر المعنى ويكون المراد منه تعميم المحارم وغيرهم مما لارجوع في هبتهم (قوله ولو وهب الخ) سيجيء في الورقة الثانية أن المعتمد الصحة سائحاني (قوله عاد الرجوع) مبني على ماقدمه عن الخانية واعتمده القهستاني لكن في كلامه هناك إشارة إلى اعتماد خلافه :

قلت : ولا يخفى ما في إطلاق الدرر فإن المانع قد يكون خروج الهبة من ملكه ثم تعود بسبب جديد وقد يكون للزوجية ، ثم تزول وفي ذلك لا يعود الرجوع كما صرحوا به ، نعم صرحوا به فيما إذا بنى في الدار ثم هدم البناء وفيما إذا وهبها لآخر ثم رجع ، ولعل المراد زوال المانع العارض فالزوجية وإن زالت لكنها مانع من الأصل والعود بسبب جديد بمنزلة تجدد ملك حادث من جهة غير الواهب ، فصارت بمنزلة عين أخرى غير الموهوبة بخلاف ما إذا عادت إليه بما هو فسخ هذا ما ظهر لي فتدبره (قوله وضمن) بتشديد الميم والمستحق فاعله والموهوب مفعوله (قوله التقابض) أي في المجلس وبعده بالإذن سائحاني (قوله في العوضين) فإن لم يوجد التقابض فلكل واحد منهما أن يرجع وكذا لو قبض أحدهما فقط ، فلكل الرجوع القابض وغيره سواء غاية

(بيع انتهاء فترد بالعيب وبخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) هذا إذا قال وهبتك على أن تعوضنى كذا أما لو قال وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء وقيد العوض بكونه معينا ، لأنه لو كان مجهولا بطل اشتراطه فيكون هبة ابتداء وانتهاء :

[فرع] وهب الواقف أرضا شرط استبداله بلا شرط عوض لم يجز وإن شرط كان كبيع ذكره الناصحى : وفى المجمع وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومنعاه :

قلت : فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى والله أعلم :

فصل فى مسائل متفرقة

(وهب أمة إلا حملها وعلى أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو) وهب (دارا على أن يرد عليه شيئا منها) ولو معينا كثلث الدار أو ربعها (أو على أن يعوض فى الهبة والصدقة شيئا عنها صحت) الهبة (وبطل الاستثناء فى الصورة الأولى (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية لأنه بعض أو مجهول والهبة لا تبطل بالشروط ولا تنس ما مر من اشتراط معلومية العوض :

البيان (قوله بيع انتهاء) أى إذا اتصل القبض بالعوضين غاية البيان إلا أنه لا تحالف لو اختلفا فى قدر العوض لما فى المقدسى عن الذخيرة اتفاقا على أن الهبة بعوض : واختلفا فى قدره ولم يقبض والهبة قائمة خيز الواهب بين تصديق الموهوب له والرجوع فى الهبة أو بقيمتها لو هالكة ولو اختلفا فى أصل العوض فالقول للموهوب له فى إنكاره ، وللواهب الرجوع لو قائما ولو مستهلكا فلا شىء له ولو أراد الرجوع فقال أنا أخوك أو عوضتك أو إنما تصدقت بها فالقول للواهب استحسانا اهـ ملخصا (قوله بلا شرط) متعلق بوهب (قوله إلى الفرق) قال شيخ والدى: وقد يفرق بينهما بأن الواقف لما شرط الاستبدال وهو يحصل بكل عقد يفيد المعاوضة كان هذا العقد داخلا فى شرطه بخلاف هبة الأب مال ابنه الصغير كذا قاله الرملى فى حاشيته على المنح مدنى .

فصل فى مسائل متفرقة

(قوله إلا حملها) اعلم أن استثناء الحمل ينقسم ثلاثة أقسام فى قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، وفى قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع والإجارة والرهن ، لأن هذه العقود تبطل بالشروط وكذا باستثناء الحمل ، وفى قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية لأن أفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه يعقوبية (قوله شيئا منها) أى شيئا مجهولا ح (قوله لأنه بعض) وقد مر متنا أنه يشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب (قوله أو مجهول) الأول : راجع إلى صورة هبة الدار ، والثانى : إلى قوله أو على أن يعوض ، ولا يشمل الثلاث التى بعد الأولى : فالأولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ، فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها إلا أن يقال قوله والهبة لا تبطل بالشروط من تتمة التعليل (قوله ولا تنس الخ) نبه عليه إشارة إلى دفع ما قاله الزيلعى تبعا للنهاية من أن قوله أو على أن يعوض الخ : فيه إشكال ، لأنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها وحاصل الدفع أن المراد الأول وإنما بطل الشرط لجهالة العوض كذا أفاده فى البحر : ثم رأيت صدر الشريعة

(أعتق حمل أمة ثم وهبها صح ولو دبره ثم وهبها لم يصح) لبقاء الحمل على ملكه فكان مشغولا به بخلاف الأول (كما لا يصح) تعليق الإبراء عن الدين بشرط محض كقوله لمديونه : إذ جاء غد أو إن مت بفتح التاء فأنت برئ من الدين أو إن مت من مرضك هذا أو إن مت من مرضى هذا فأنت فى حل من مهرى فهو باطل لأنه مخاطرة وتعليق (إلا بشرط كائن) ليكون تنجيزا كقوله لمديونه إن كان لى عليك دين أبرأتك عنه صح وكذا إن مت بضم التاء فأنت برئ منه أو فى حل جاز وكان وصية خانية (جاز العمرى) للمعمر له ولورثته بعده لبطلان الشرط (لا) تجوز (الرقبى) لأنها تعليق بالخطر وإذا لم تصح تكون عارية شمنى لحديث أحمد وغيره « من أعمر عمرى فهى لمعمره فى حياته وموته لا ترقبوا فمن أرقب شيئا فهو سبيل الميراث » :

(بعث إلى امرأته متاعا) هدايا إليها (وبعثت له أيضا) هدايا عوضا للهبة صرحت بالعوض أولا (ثم افترقا بعد الزفاف وادعى) الزوج (أنه عارية) لا هبة وحلف (فأراد الاسترداد وأرادت) هى (الاسترداد) أيضا

صرح به فقال : مرادهم ما إذا كان العوض مجهولا وإنما يصح العوض إذا كان معلوما (قوله بشرط محض الخ) :

[فروع] وهبت مهرها لزوجها على أن يجعل أمر كل امرأة يتزوجها عليها بيدها ، ولم يقبل الزوج قيل لا يبرأ والمختار أن الهبة تصح بلا قبول المديون وإن قبل إن جعل أمرها بيدها فالإبراء ماض ، وإن لم يجعل فكذلك عند البعض والمختار أنه يعود وكذا لو أبرأته على أن لا يضربها ، ولا يحجرها أو يهب لها كذا ، فإن لم يكن هذا شرطا فى الهبة لا يعود المهر :

منعها من المسير إلى أبويها حتى تهب مهرها ، فالهبة باطلة لأنها كالمكرهة . وذكر شمس الإسلام تخوفها بضرب حتى تهب مهرها فإكراه إن كان قادرا على الضرب وذكر بكر سقوط المهر :

لا يقبل التعليق بالشرط ألا ترى أنها لو قالت لزوجها : إن فعلت كذا فأنت برىء من المهر لا يصح :

قال لمديونه : إن لم أقبض مالى عليك حتى تموت ، فأنت فى حل فهو باطل لأنه تعليق والبراءة لا تحتمله بزازية (قوله لأنه مخاطرة) لاحتمال موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ونحو ذلك لأن المعنى إذا مت قبلى وإن جاء الغد والدين عليك فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ، فكان مخاطرة كذا قرره شيخنا :

وأقول : الظاهر أن المراد أنه مخاطرة فى مثل إن مت من مرضك هذا وتعليق فى مثل إن جاء الغد والإبراء لا يحتملهما ، وأن المراد بالشرط الكائن الموجود حالة الإبراء وأما قوله : إن مت بضم التاء فإنما صح وإن كان تعليقا لأنه وصية : وهى تحتمل التعليق فافهم وتقدمت المسألة في متفرقات البيوع فيما يبطل بالشرط ، ولا يصح تعليقه به (قوله جاز العمرى) بالضم من الإعمار كما فى الصحاح قال فى الهامش : العمرى هى أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه اه (قوله لا تجوز الرقبى) هى أن تقول إن مت قبلك فهى لك لحديث أحمد وأبى داود والنسائى مرفوعا « من أعمر عمرى الخ » كذا فى الهامش فى كافى الحاكم الشهيد باب الرقبى .

رجل حضرته الوفاة فقال : دارى هذه حبيس ، لم تكن حبيسا وهى ميراث وكذا إن قال دارى هذه حبيس على عقبى من بعدى والرقبى هو الحبيس وليس بشىء :

رجل قال لرجلين : عبدى هذا لأطولكما حياة أو قال عبدى هذا حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل وهو الرقبى وكذا لو قال لرجل : دارى لك حبيس وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : أما أنا فأرى أنه إذا قال لك حبيس ، فهي له إذا قبضها وقوله حبيس باطل وكذلك إذا قال هي لك رقبي اه وفيه أيضا فإذا

(يسترد كل) منهما (ما أعطى) إذ لا هبة فلا عوض ولو استهلك أحدهما مابعثه الآخر ضمنه ، لأن من استهلك العارية ضمنها خانية (هبة الدين ممن عليه الدين وإبراؤه عنه يتم من غير قبول) إذ لم يوجب انفساخ عقد صرف أو سلم لكن يرتد بالرد فى المجلس وغيره لما فيه من معنى الإسقاط وقيل يتقيد بالمجلس كذا فى العناية لكن فى الصيرفية لو لم يقبل ولم يرد حتى افترقا ثم بعد أيام رد لا يرتد فى الصحيح لكن فى المجتبى الأصح أن الهبة تمليك والإبراء إسقاط (تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا) فى ثلاث : حوالة ، وصية ، و (إذا سلطه) أى سلط المملك غير المديون (على قبضه) أى الدين (فيصح) حينئذ ومنه ما لو وهبت من ابنها ما على أبيه فالمعتمد الصحة للتسليط ويتفرع على هذا الأصل لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجز ولو كان وكيلا بالبيع

قال : دارى هذه لك عمرى تسكنها وسلمها إليه ، فهى هبة وهى بمنزلة قوله طعامى هذا لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه وإن قال : وهبت لك هذا العبد حياتك وحياته فقبضه فهى هبة جائزة وقوله حياتك باطل وكذا لو قال أعمرتك دارى هذه حياتك أو قال : أعطيتكها حياتك فإذا مت فهى لى وإذا مت أنا فهى لوارثى وكذا لو قال : هو هبة لك ولعقبك من بعدك وإن قال : أسكنتك دارى هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهى عارية وإن قال : هى لك ولعقبك من بعدك فهى هبة له وذكر العقب لغو اه (قوله فلا عوض) لأنها إنما قصدت التعويض عن هبة فلما ادعى العارية ورجع لم يوجد التعويض فلها الرجوع (قوله من غير قبول) لما فيه من معنى الإسقاط ح (قوله عقد صرف أو سلم) لأنه لا يتوقف على القبول فى السلم والصرف لكونه موجبا للفسخ فيهما لا لكونه هبة منح (قوله لكن يرتد الخ) استدراك على قوله يتم من غير قبول بمعنى أنه وإن تم من غير قبول لما فيه من معنى الإسقاط لكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ح :

قال فى الأشباه : الإبراء يرتد بالرد إلا فى مسائل الأولى : إذا أبرأ المحتال المحال عليه فرده لا يرتد ، وكذا إذا قال المديون أبرئنى فأبرأه ، وكذا إذا أبرأ الطالب الكفيل ، وقيل يرتد الرابعة : إذا قبله ثم رده لم يرتد اه (قوله الإسقاط) تعليل للتعميم يعنى وإنما صح الرد فى غير المجلس لما فيه من معنى الإسقاط إذ التمليك المحض يتقيد رده بالمجلس ، وليس تعليلا لقوله يرتد بالرد لما علمت أن علته مافيه من معنى التمليك فتنبه ح (قوله لكن فى الصيرفية) استدراك على تضعيف صاحب العناية القول الثانى (قوله لكن فى المجتبى) استدراك على جعلهم كلا من الهبة والإبراء إسقاطا من وجه تمليكا من وجه ، وأنت خبير بأن هذا الاستدراك مخالف للمشهور ح (قوله تمليك) أى فيحتاج إلى القبول قال فى الهامش ، فمن قال بالتمليك يحتاج إلى الجواب منح (قوله إسقاط) ومن قال للاسقاط لا يحتاج إليه منح كذا فى الهامش (قوله على قبضه) أى وقبضه قال فى جامع الفصولين : هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له بقبضه جاز صك لم يجز إلا إذا سلطه على قبضه فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح إلا بقبضه اه فتنبه لذلك رملى قال السائحانى : وحينئذ يصير وكيلا فى القبض عن الآمر ، ثم أصيلا فى القبض لنفسه : ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض ، وإذا قبض بدل الدراهم دنانير صح ، لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال ، وإذا نوى فى ذلك التصدق بالزكاة أجزأه كما فى الأشباه اه (قوله ما على أبيه) أى وأمرته بالقبض بزازية مدنى (قوله للتسليط) أى إذا سلطته على القبض كما يشير إليه قوله ومنه ، وفى الخالية : وهبت المهر لابنها الصغير الذى من هذا الزوج الصحيح ، أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد إذا قبض اه فقول الشارح للتسليط أى التسليط صريحا لا حكما كما فهمه السائحانى وغيره ، لكن لينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل فإن القبض يكون لأبيه ، فهل يشترط أن يفرز الأب قدر المهر ويقبضه لابنه أو يكفى قبوله كما فى هبة الدين ممن عليه (قوله بالبيع) فلو دفع للموكل عن دين المشترى

فصولين (و) ليس منه ما (إذا أقر الدائن أن الدين لفلان وأن اسمه) فى كتاب الدين (عارية) حيث (صح) إقراره لكونه إخبارا لا تمليكا فللمقر له قبضه بزازية وتمامه فى الأشباه من أحكام الدين وكذا لوقال الدين الذى لى على فلان لفلان بزازية وغيرها .

قلت : وهو مشكل لأنه مع الإضافة إلى نفسه يكون تمليكا وتمليك الدين ممن ليس عليه باطل فتأمله . وفى الأشباه في قاعدة تصرف الإمام معزيا لصلح البزازية اصطلحا أن يكتب اسم أحدهما فى الديوان فالعطاء لمن كتب اسمه الخ (والصدقة كالهبة) بجامع التبرع وحينئذ (لاتصح غير مقبوضة ولا فى مشاع يقسم ولا رجوع فيها) ولو على غنى لأن المقصود فيها الثواب لا العوض ولو اختلفا فقال الواهب هبة والآخر صدقة فالقول للواهب خانية .

[فروع] كتب قصة إلى السلطان يسأله تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع فكتب كاتبه جعلتها ملكا له هل يحتاج إلى القبول فى المجلس ؟ القياس : نعم لكن لما تعذر الوصول إليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره .

أعطت زوجها مالا بسؤاله ليتوسع فظفر به بعض غرمائه إن كانت وهبته أو أقرضته ليس لها أن تسترد من الغريم وإن أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك لا له .

دفع لابنه مالا ليتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الأب إن أعطاه هبة فالكل له وإلا فميراث وتمامه فى جواهر الفتاوى .

بعث إليه بهدية فى إناء هل يباح أكلها فيه إن كان ثريدا ونحوه مما لوحوله إلى إناء آخر ذهبت لذته يباح وإلا فإن كان بينهما انبساط يباح أيضا وإلا فلا .

على أن يكون ما على المشترى للوكيل لايجوز (قوله وليس منه) أى من تمليك الدين ممن ليس عليه (قوله فتأمله) يمكن الجواب بأن المراد الدين الذى لى على فلان بحسب الظاهر هو لفلان فى نفس الأمر ، فلا إشكال فتدبر ح .

أقول : ويمكن أن يكون مبنيا على الخلاف فإنه قال فى القنية راقما لعلى السعدى إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه فى الإقرار ، وإن أطلق فإقرار كما فى سدس دارى وسدس هذه الدار ، ثم رقم لنجم الأئمة البخارى إقرار فى الحالتين لا تمليك اه قال فى إقرار المنح فيفيد أن فى المسألة خلافا ولكن الأصل المذكور هو المشهور وعليه فروع فى الخانية وغيرها ، وقد يجاب بأن الإضافة فى قوله الدين الذى لى إضافة نسبة لا ملك كما أجاب به الشارح فى الإقرار عن قولهم جميع ما فى بيتى لفلان فإنه إقرار وكذا قالوا من ألفاظ الإقرار جميع ما يعرف بى أو جميع ما ينسب إلى والله تعالى أعلم . وقد مرت المسألة قبيل إقرار المريض وأجبنا عنه بأحسن مما هنا فراجعه (قوله غير مقبوضة) فإن قلت قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله وصح تصدق عشرة لفقيرين . قلت: المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم بحر (قوله ولو على غنى) اختاره فى الهداية مقتصرا عليه لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله بحر ، وهذا مخالف لما مر قبيل باب الرجوع من أن الصدقة على الغنى هبة ولعلهما قولان تأمل (قوله فأمر السلطان) هذا إنما يتم فى أرض موات أو ملك السلطان أما إذا أقطعه من غير ذلك فللإمام أن يخرجه متى شاء كما سلف ذلك فى العشر والخراج ط (قوله أو أقرضته) وسيأتى ما لو تصرف فى مالها وادعى أنه بإذنها (قوله وإلا فميراث) بأن دفع إليه ليعمل للأب .

دعا قوما إلى طعام وفرقهم على أخونة ليس لأهل خوان مناولة أهل خوان آخر ولا إعطاء سائل وخادم وهرة لغير رب المنزل ولا كلب ، ولو لرب المنزل إلا أن يناوله الخبز المحترق للإذن عادة وتمامه فى الجوهرة . وفى الأشباه لا جبر على الصلات إلا فى أربع شفعة ونفقة زوجة وعين موصى بها ومال وقف ، وقد حررت أبيات الوهبانية على وقف ما فى شرحها للشرنبلالى فقلت :

وواهب دين ليس يرجع مطلقا وإبراء ذى نصف يصح المحرر
على حجها أو تركه ظلمه لها إذا وهبت مهرا ولم يوف يخسر
معلق تطليق بإبراء مهرها وإنكاح أخرى لو يرد فيظفر

[فروع] دفع دراهم إلى رجل وقال : أنفقها ففعل فهو قرض ولو دفع إليه ثوبا ، وقال ألبسه نفسك ، فهو هبة والفرق مع أنه تمليك فيهما أن التمليك قد يكون بعوض ، وهو أدنى من تمليك المنفعة ، وقد أمكن فى الأول لأن قرض الدراهم يجوز ، بخلاف الثانية ولواجية وفيها قال أحد الشريكين للآخر : وهبتك حصتى من الربح والمال قائم لا تصح ، لأنها هبة مشاع فيما يحتمل القسمة ولو كان استهلكه الشريك صحت ؛

رجل اشترى حليا ودفعه إلى امرأته واستعملته ، ثم ماتت ثم اختلف الزوج وورثتها أنها هبة أوعارية فالقول قول الزوج مع اليمين أنه دفع ذلك إليها عارية ، لأنه منكر للهبة منح وانظر ما كتبناه أول كتاب الهبة عن خزانة الفتاوى قال الرملى : وهذا صريح فى رد كلام أكثر العوام أن تمتع المرأة يوجب التمليك ولا شك فى فساده اه وسبقه إلى هذا صاحب البحر كما ذكرناه عنه فى باب التحالف ، وكتبنا هناك عن البدائع : أن المرأة إن أقرت أن هذا المتاع اشتراه لى سقط قولها لأنها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت إلا بالبينة اه وظاهره شمول ثياب البدن ولعله فى غير الكسوة الواجبة ، وهو الزائد عليها تأمل وراجع ويدل عليه ما مر أول الهبة من قوله اتخذ لولده ثيابا الخ فحيث لا رجوع له هناك ما لم يصرح بالعارية فهنا أولى (قوله خوان) بكسر الخاء وأخونة قبلها بكسر التاء منونة (قوله على الصلات) بكسر الصاد (قوله مطلقا) أى سواء قبل المديون أولا وقيل لابد من القبول ، ويظهر لك منه مافى كلام البحر حيث قال : أول باب الرجوع وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان ، فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول ، بخلافه قبله لكونها إسقاطا اه وكأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع تأمل (قوله وإبراء ذى نصف الخ) قال قاضيخان ، وإذا كان دين بين شريكين فوهب أحدهما نصيبه من المديون جاز ، وإن وهب نصف الدين مطلقا ينفذ فى الربع كما لو وهب نصف العبد المشترك اه كذا فى الهامش (قوله على حجها الخ) اشتمل البيت على مسألتين : الأولى امرأة تركت مهرها للزوج على أن يحج بها ، فلم يحج بها قال محمد بن مقاتل إنها تعود بمهرها ، لأن الرضا بالهبة كان بشرط العوض ، فإذا انعدم العوض انعدم الرضا والهبة لا تصح بدون الرضا . والثانية : إذا قالت لزوجها ، وهبت مهرى منك على أن لا تظلمنى فقبل صحت الهبة فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية وقال بعضهم مهرها باق إن ظلمها كذا فى الهامش (قوله معلق تطليق الخ) البيت للشرنبلالى نظم فيه مسألة سئل عنها وهى قال لها متى نكحت عليك أخرى ، وأبرأتنى من مهرك فأنت طالق ، فهل إذا ادعى أنه أوفاها المهر فلم يبق ما تبرئه عنه ، وأنكرت يقبل فى عدم الحنث ، وإن لم يقبل بالنظر بسقوط حقها كما يقبل قوله : لو اختلفا فى وجود الشرط ؟ فأجاب : أن رد الإبراء لم يحنث ، لأنه لو كان كما ادعت فرده أبطله وإن كان كما ادعى فالرد معتبر لبطلان الإبراء المقتضى للحنث ، وإنما اعتبر الرد مع دعوى الدفع لما يأتى أنه إذا قبض دينه ثم أبرأ غريمه وقبل صح الإبراء ويرجع عليه بما قبض اه ملخصا ومفهومه : أنه

وإن قبض الإنسان مال مبيعه　　فأبرأ يؤخذ منه كالدين أظهر
ومن دون أرض فى البناء صحيحة　　وعندى فيــه وقفة فيحرر

قلت : وجه توقفى تصريحهم فى كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لا يصح لأنه كالشائع فتأمله وأشرت بأظهر لما فى العمادية عن خواهر زاده أنه لايرجع واختاره بعض المشايخ فيظفر أى بنكاح ضرتها لأنه برده للابراء أبطله فلا حنث فليحفظ اه :

لو لم يقبل لم يصح الإبراء قال : وإنما سطرته دفعا لما يتوهم من الحنث بمجرد الإبراء ، وانظر ما ذكره الشارح فى آخر باب التعليق وقال فى الهامش : أى إذا علق طلاق امرأته على نكاح أخرى مع الإبراء عن المهر فتزوج فادعت امرأته الإبراء فادعى دفع المهر فالقول له فى عدم الحنث لكن قال فى الأشباه وعلى أن الإبراء بعد القضاء صحيح لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لايبطل التعليق فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع اه كذا فى الهامش (قوله وإن قبض الإنسان) باع متاعا وقبض الثمن من المشترى ، ثم أبرأ البائع المشترى من الثمن بعد القبض يصح إبراؤه ويرجع المشترى على البائع بما كان دفعه إليه من الثمن كذا فى الهامش (قوله صحيحة) أى هى صحيحة كذا فى الهامش (قوله أى بنكاح) عبارة الشرنبلالى أى بقهر المرأة لبقائها فى نكاحه مع الضرة وهو الأنسب حيث كان المعلق طلاقها لاطلاق الضرة .

[فائدة] قال الزاهدى فى كتابه المسمى : بحاوى مسائل المنية للقاضى عبد الجبار انتهب وسادة كرسى العروس وباعها بحل إن كانت وضعت للنهب اه :

أقول : وعليه يقاس شمع الأعراس والموالد رملى على المنح والله سبحانه أعلم .

قال الفقير إلى البارى سبحانه المرتجى كرمه وإحسانه وامتنانه محمد علاء الدين ابن المؤلف هذا آخر ماوجدته على نسخة شيخنا المؤلف المرحوم الوالد السيد محمد أفندى عابدين عليه رحمة أرحم الراحمين وأحسن له الفوائد ، ولكن يحتاج بعضه إلى مراجعة أصله المنقول عنه فإنه لم يظهر لى وليس عندى أصله لأرجع إليه والله المسئول وعليه التكلان ونسأله سبحانه التوفيق لأقوم طريق وهو حسبى ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، وذلك فى خامس وعشرى صفر الخير نهار الأربعاء قبيل الظهر سنة ألف ومائتين وستين أحسن الله ختامها آمين :

تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس ،

وأوله : كتاب الإجارة

فهرست الجزء الخامس

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة